



Universidad
Carlos III de Madrid

Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”
Curso académico 2015-2016

Trabajo Fin de Máster

“La protesta social como ejercicio colectivo de la democracia deliberativa y la libertad de expresión”

Luis Felipe Asanza Miranda

Tutor

Prof. Dr. Óscar Celador Angón

Getafe, 25 de enero de 2016

Palabras clave: democracia deliberativa, derecho de resistencia, protesta social, regla de mayoría, separación de poderes, resistencia constitucional, desobediencia civil, libertad de expresión, derecho de reunión, derecho de asociación, criminalización de la protesta, pluralismo, consenso, disenso, diálogo intersubjetivo, poder, derechos humanos.

Resumen: La protesta social se convierte en un mecanismo de defensa de los valores constitucionales y democráticos frente a las actuaciones de un Poder arbitrario y a la falta de garantías normativas e institucionales que, aunada en el ejercicio del derecho de resistencia, lo que pretende es buscar un cauce y un correctivo en el sistema político y democrático para generar mayor deliberación en la toma de decisiones dentro de la esfera pública y también dentro de la esfera privada cuando actuaciones de particulares puedan violentar derechos fundamentales de terceros. La falta de representación democrática y la poca participación ciudadana en el debate público sobre formulación de normas y políticas públicas hace que los agentes sociales participantes en una comunidad política sientan que sus derechos y necesidades están siendo insatisfechos en su totalidad y que la desobediencia a un Derecho no discutido desde el disenso y el pluralismo agonístico es el camino ideal para defender la Constitución y emprender una resistencia constitucional que abogue por la rigidez en cuanto a reglas, principios y axiomas que puedan dar estabilidad al pacto social de una determinada sociedad y fortalecer el Estado Constitucional de Derecho.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. MÁS ALLÁ DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA. UNA TRANSFORMACIÓN ESTRUCTURAL DE LA ESFERA PÚBLICA Y SOCIAL..... 9

1.1 LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONTRAPESO DE LA DEMOCRACIA. BUSCANDO EL ACUERDO RACIONAL	9
1.1.1 EL VALOR EPISTÉMICO DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	13
1.1.2 ENFOQUE NO HOMOGÉNEO DE LA DELIBERACIÓN. DELIBERACIÓN REAL Y DELIBERACIÓN IDEAL.....	20
1.1.2.1 VERSIÓN FUERTE DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	22
1.1.2.2. VERSIÓN DÉBIL DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA.....	25
1.1.3. EL DISENSO COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA DEMOCRACIA	28
1.1.3.1 ELEMENTOS DEL DISENSO EN LA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA.....	29
1.1.3.2 EL DISENSO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL CIUDADANO DEMOCRÁTICO (DEL SUJETO POLÍTICO REAL Y NO DE UN ENTE ABSTRACTO)	30
1.1.3.3 CONSECUENCIAS DE LIMITAR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y EL PODER CIUDADANO	32
1.1.4 EL PROCESO DEMOCRÁTICO COMO ORDEN DE CONFLICTO.....	36
1.1.5 LA POLÍTICA CONSTRUCTIVISTA COMO ARTE DE LO POSIBLE EN EL DIÁLOGO DEMOCRÁTICO Y LA RAZÓN PÚBLICA.....	38
1.2 DEMOCRACIA Y PODER. ¿LEGITIMIDAD Y OBEDIENCIA?	39
1.3 RESISITIR AL DERECHO Y AL PODER.....	41
1.3.1 POSIBILIDADES DE DESOBEDECER EL DERECHO	44
1.3.2. LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA CUESTIÓN POLÍTICA.....	45
1.3.2.1 JUSTIFICACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL	46
1.3.2.2 DESOBEDECER POR RAZONES DE CONCIENCIA.....	50

CAPÍTULO 2. RESISTENCIA Y FORMAS DE CAMBIO POLÍTICO: LA PROTESTA SOCIAL COMO HERRAMIENTA DE CAUCE DEMOCRÁTICO Y DELIBERATIVO	53
2.1 ASPECTOS GENERALES DE LA PROTESTA SOCIAL COMO DISCURSO POLÍTICO DEL CIUDADANO	53
2.1.1 LA PROTESTA SOCIAL COMO UN RECLAMO DE AUTORÍA (análisis de la evolución histórica que ha tenido el derecho penal y cómo nuevamente se está involucionando hacia la represión y segregación)	57
2.1.2 CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA PROTESTA Y EL PLURALISMO ORGANIZATIVO EN DEMOCRACIA	63
2.1.2.1 LA LIBERACIÓN COGNITIVA DEL PROCESO DEMOCRÁTICO Y DELIBERATIVO (análisis de la transformación de la conciencia de los participantes potenciales en la acción colectiva)	64
2.1.2.2 EL IMPACTO DEL DISCURSO PÚBLICO EN LAS IDENTIDADES COLECTIVAS	66
2.1.3 LA IDENTIDAD COLECTIVA COMO CONSTRUCCIÓN SOCIAL Y FUNDAMENTO DE LA PROTESTA SOCIAL	68
2.1.4 EL DERECHO FRENTE A LA PROTESTA SOCIAL (análisis del problema de “conflicto o colisión de derechos” al ejercer la protesta social)	69
2.1.5 CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL: CÓMO Y PORQUÉ SE CASTIGA	75
2.1.6 HACIA UNA RESTRICCIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO. LA PROHIBICIÓN DEL DISENSO	80
2.1.6.1 AFECTACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Breve reseña de casos, impacto en la dimensión individual, impacto en la dimensión social, aumento de medidas restrictivas al disenso y volumen de persecución y judicialización de la disidencia y la resistencia civil	83
2.1.6.2 AFECTACIÓN AL DERECHO DE REUNIÓN. Breve reseña de casos, aumento de regulaciones ilegítimas para controlar las manifestaciones públicas y su contenido, aumento de limitaciones impuestas por los agentes públicos del orden y fuerzas de seguridad e interferencias del Poder Judicial en la penalización per se de las demostraciones en la vía pública	86
2.1.6.3 LA CRISIS DE LA FUNCIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA Y LA NEGACIÓN DEL DERECHO DE RESISTENCIA	89
2.2 ¿POR QUÉ DEBEMOS RESISTIR?	92

2.2.1 HACIA UNA TRANSFORMACIÓN PLURALISTA DE LA SOCIEDAD	94
2.2.2 RAZONES (CONSTITUCIONALES) PARA RESISTIR	95
2.2.3 MÉTODOS DE RESISTENCIA	97
 CAPÍTULO 3. FORTALECER LA PROTESTA SOCIAL Y EL DERECHO DE RESISTENCIA	100
3.1 LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO TEST DE CONSTITUCIONALIDAD.....	114
3.2 LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA PROTESTA SOCIAL COMO EJERCICIO DEL DERECHO DE RESISTENCIA.....	118
3.3 LA PROTESTA SOCIAL Y LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO PARTICIPACIÓN EN LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN	127
3.4 LA SERIEDAD Y ATENDIBILIDAD DE LOS ARGUMENTOS DE LOS DISIDENTES, DESOBEDIENTES Y RESISTENTES	133
3.5. FRENAR LA VIOLENCIA ESTRUCTURAL Y EMPRENDER LA RESISTENCIA CONSTITUCIONAL.....	136
3.5.1 RECONOCER LA NUEVA JERARQUÍA DE LOS PODERES SOCIALES	142
3.5.2 NO SOLO ESTADO O MERCADO. ABOGAR POR UNA PROPUESTA ANTIUTILITARISTA.....	143
3.5.3 RESISTENCIA NO VIOLENTA. POR LA SUPERACIÓN DEL CONCEPTO DELIBERATIVO DE DEMOCRACIA	145
CONCLUSIONES	148
BIBLIOGRAFÍA	151

INTRODUCCIÓN

La presente investigación recoge un interesante debate en torno a la consideración de que el disenso supone el punto de partida de la democracia y entraña su esencia misma al constituirse como herramienta mediante la cual se desarrollan diversas formas de resistencia social. Esto supone pensar en la implementación social de una política constructivista desde la apertura de variados espacios públicos deliberativos, lo que implica visibilizar que la libertad política se constituye en un factor de desarrollo en tanto posibilite la construcción de opiniones e intercambio de ideas y de opciones de manejo del tejido social.

De ese modo, el objeto de estudio radica en indagar hasta qué punto es justificable la protesta social como forma de disenso y examinar la justificación política y jurídica de la resistencia y de la desobediencia civil en un régimen de libertades democráticas que no se cumplen y dentro de un marco constitucional poco eficiente en el que no se cuenta con garantías democráticas, normativas e institucionales como la separación de poderes, la fiscalización de las actuaciones de los poderes públicos y del poder político y el fortalecimiento de la opinión pública y la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés público y social.

La investigación por tanto se ha centrado en criticar la maximización del ideal democrático visto únicamente desde la legitimidad del discurso mayoritario, y lograr resolver la siguiente cuestión: ¿sigue teniendo todavía sentido pensar en el derecho de resistencia en las sociedades abiertas y en el marco del Estado Constitucional y democrático de Derecho?

Concomitantemente, dentro de la academia, la filosofía política y la filosofía del derecho se discute la noción de que la deliberación pública es una actividad social compartida entre mayorías y minorías y que supone una actividad dinámica de diálogo plural, empeñada en ver a los individuos como sujetos multidiversos para enfocar así la idea de que la resistencia y la protesta social conducen al equilibrio democrático como contrapeso de discursos mayoritarios y anteponiendo los derechos humanos como condiciones morales y como valores mediante los cuales la sociedad debe construir diversas culturas, identidades, proyectos de vida y aspiraciones personales y colectivas de los individuos, acercando el ideal democrático y participativo hacia la integración sistémica de los derechos tanto en el ensamblaje público como privado.

En ese sentido, la metodología que se ha utilizado para abordar la temática de la protesta social como ejercicio colectivo de la democracia deliberativa y de la libertad de

expresión ha sido en un primer estadio investigativo la de *exploración o indagación* de la bibliografía más relevante relacionada al tema, que ha incluido el estudio doctrinario de autores como BOVERO, NINO, HABERMAS, RAWLS, BOBBIO, FERRAJOLI, MOUFFE, ESTÉVEZ ARAUJO, FERNÁNDEZ GARCÍA, entre otros, además del estudio de casuística, informes internacionales existentes sobre democracia deliberativa, protesta social, disenso, desobediencia civil, derecho a la resistencia y resistencia constitucional.

Posteriormente el trabajo ha adoptado en un segundo estadio investigativo un *método descriptivo*, dada la naturaleza del material consultado, lo que ha permitido detectar y definir variables, datos y citas relevantes que han facilitado el abordaje de los objetivos y finalidad de la investigación propuesta.

Asimismo, dada la profundidad y pluralidad de la temática a tratar, en un tercer estadio investigativo, otro método útil para el análisis de la protesta social como herramienta de cauce democrático ha sido el *correlacional y explicativo*, debido a que una vez exploradas y descritas las variables y los conceptos, se ha procedido a un análisis del correlato debido entre ellas que ha permitido dar sinergia y lógica a los argumentos esgrimidos, de esta manera se ha llegado a la determinación hipotética dada en la investigación de que, en efecto, la política constructivista a través del disenso resulta eficiente para el fortalecimiento de la democracia deliberativa y para la proyección de nuevas formas de libertad de expresión desde el derecho a la resistencia y a la protesta social.

De allí que en un primer capítulo se ha realizado un diagnóstico de la interpretación deliberativa que se encuentra entrelazada en el enclave democrático mediante la discusión colectiva sobre asuntos de interés general, para demostrar cómo dicho proceso de deliberación democrática ha alcanzado cierta notoriedad e importancia al incorporar la participación ciudadana y el clamor de las voces de movimientos populares para el correcto desenvolvimiento y funcionamiento de la razón pública y de la relación entre derechos humanos y poder político, entre ciudadanía y democracia y entre representación y autogobierno.

Dentro del mismo capítulo se ha discutido también que la idea de deliberación democrática desde el disenso, entonces, implica una discusión abierta y pública, encuadrada en un proceso mediante el cual los individuos han de enfrentarse a un choque de ideas y opiniones que supone tolerar ideas diferentes a las propias o de enmendar y depurar las opiniones propias, o poner en cierto grado de alteración las preferencias personales al tratar de concebirlas dentro del engranaje social. Se ha intentado, por tanto, describir cómo la

democracia deliberativa entraña la idea de deliberación pública, misma que se concibe como un presupuesto de participación y poder ciudadano que engloba el mecanismo adecuado para “[...] garantizar la posibilidad de generar y poner en común la información necesaria para que los ciudadanos perciban sus intereses”¹, lo que ha llevado a describir y sustentar que la convivencia social no siempre es pacífica.

Si a esto se le suma el hecho de que muchas veces la cohesión social se ve anquilosada para avanzar hacia ideales más justos y más democráticos, la deliberación democrática entra en conflicto con los derechos humanos y se hace necesaria la revisión de estos últimos como contrapeso de la democracia para encontrar el valor epistémico del proceso deliberativo en que las decisiones nacen de la participación de diferentes posturas y puntos de vista, es decir desde el disenso. Esta problemática supone que las relaciones de poder muchas veces entre el Estado y los individuos, o entre discursos mayoritarios y minoritarios se centran en una especie de espectro de dominación de unos frente a otros, y de subordinación de aquellos que no ostentan el poder. Y el poder, no entraña solamente la idea de un poder institucional, sino también un poder que garantiza la dominación.

Frente a ello, la relación entre democracia y poder va a invitar a la reflexión respecto de la legitimidad y obediencia de los ciudadanos hacia el derecho y hacia el mismo poder socialmente institucionalizado, lo cual ha implicado la realización de un análisis de cómo se puede resistir frente al Derecho y al Poder para justificar la necesidad (o el porqué) de la desobediencia civil y de la protesta social encuadrados en el derecho de resistencia.

Por otra parte, en un segundo capítulo la investigación vierte su mirada hacia el análisis de la protesta social como herramienta de cauce democrático y deliberativo y como discurso de resistencia y cambio político. Esta visión de la protesta social como disenso dentro del proceso democrático y deliberativo implica la idea de que toda dinámica de movilización social se construye sobre la base de un proceso constante de encaje entre la evaluación crítica de la situación del tejido social –o de la sociedad en sí misma–, la proyección de un escenario de futuro deseado y los medios apropiados para sostener el proceso de movilización social de cara a robustecer y accionar la protesta social.

Así también, se ha descrito, estudiado y analizado cómo la protesta social aunada a la consecución de una política constructivista puede servir de herramienta para fortalecer el sistema democrático y los procesos deliberativos si es que los derechos humanos actúan como contrapeso de la democracia y si es que se logra armonizar la relación entre crítica,

¹ SAMPEDRO, V.; *Opinión pública y democracia deliberativa*, Madrid, Istmo, 2000, p. 16.

disidencia y democracia y si se evita la criminalización de las nuevas formas de libertad de expresión vertidas sobre el derecho a la resistencia y a la protesta social. Se parte de una discusión *prima facie* de que si la política constructivista y la protesta social no logran ese objetivo, se estaría ante una situación que presenta al menos dos grandes problemáticas: por un lado, la eliminación del disenso y la crítica del ámbito democrático y la censura directa al derecho a la libertad de expresión; y, por otro, el problema de que los disidentes no sean considerados ciudadanos para ejercer derechos civiles y políticos si es que se concibe la idea de ciudadanía solamente desde la democracia representativa y no desde la deliberativa, lo que afecta también al derecho de reunión (la afectación a estos derechos ha sido analizada desde una breve reseña de casos prácticos tomados de la experiencia comparada sobretodo de América Latina).

Finalmente, el tercer capítulo, expone un planteamiento que consiste en instaurar una política constructivista basada en la capacidad de disentir de los diversos agentes sociales. El planteamiento hace énfasis en que la eficiencia de un proceso deliberativo y democrático depende de que todas las opiniones y todos los puntos de vista e intereses puedan tener ocasión de manifestarse y de darse a conocer. Justamente en la capacidad del disenso e incluso en la potestad de desobedecer las decisiones injustas, arbitrarias, parcializadas y adoptadas en ausencia de minorías, se enmarca el valor epistémico de la democracia deliberativa y de la política constructivista.

A su vez, se expone la idea de “resistencia constitucional” frente al poder político y a las decisiones mayoritarias e injustas, lo que implica plantear la idea de una política constructivista en el proceso de deliberación democrática que se concentra en la ejecución de un “cambio en las normas” y de “normar el cambio” de un ordenamiento poco sólido, inestable y sin seguridad jurídica. En efecto, se ha descrito que tal fenómeno sucede principalmente en las democracias parlamentarias pero también en las de corte representativo y republicano.

Por consiguiente, se ha hecho hincapié en que la resistencia constitucional entabla la idea de que la norma de cambio tiene que prever que el órgano autorizado para modificar el ordenamiento jurídico en una sociedad, lo haga siempre dentro de los límites fijados por la propia Constitución. Se ha demostrado, por tanto, que esto supone un avance para el fortalecimiento del proceso democrático y deliberativo, y a su vez un freno a las mayorías parlamentarias sólidas, capaces de perdurar durante varias legislaturas, que puedan ceder a la tentación de abusar de la facultad que les atribuye la norma de cambio y que llegan,

incluso, al grado de debilitar el diálogo democrático, el disenso y la participación deliberativa.

CAPÍTULO 1. MÁS ALLÁ DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA. UNA TRANSFORMACIÓN ESTRUCTURAL DE LA ESFERA PÚBLICA Y SOCIAL

“Lo que más confusión provoca en el espíritu es el uso que se hace de estas palabras: democracia, instituciones democráticas, gobierno democrático. Mientras no se las defina claramente y no se llegue a un entendimiento sobre su definición, se vivirá en una confusión de ideas inextricable, con gran ventaja para los demagogos y los déspotas”.

(Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*).

1.1 LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONTRAPESO DE LA DEMOCRACIA. BUSCANDO EL ACUERDO RACIONAL

Surge una fuerte tensión entre los términos <<democracia>> y <<derechos humanos>> cuando ambos no logran complementarse plenamente en la arena social como dimensiones de construcción colectiva y social. Partiendo de la idea de que la relación entre democracia y poder va a invitar a la reflexión respecto de la legitimidad y obediencia de los ciudadanos hacia el derecho y hacia el mismo poder socialmente institucionalizado, se podría establecer *a priori* que lo que hace falta para lograr un acuerdo racional es una política constructivista.

Dicha política constructivista ha de partir del reconocimiento de unos derechos que son inherentes a la persona humana porque consolidan el respeto a su dignidad y el desarrollo de su propia personalidad y ha de buscar que el Estado en su rol de garante de esos derechos los promueva, proteja y no los vulnere y que en cuanto a los derechos fundamentales que han de positivarse y ser reconocidos en una Constitución, éste ajuste las normas al contenido material de esos derechos para que los individuos que están bajo su jurisdicción permanezcan en un umbral de protección que no vulnere ni su libertad ni su dignidad dentro de la esfera pública y dentro de la esfera privada para la buena convivencia al interior de una comunidad política y social.

Con esta política, que además es sustancial; es decir, que recoge los elementos plurales y diversos de las tradiciones culturales y de las diferentes perspectivas personales, filosóficas, religiosas, políticas, idiomáticas e ideológicas de los individuos participantes en una sociedad, Luigi Ferrajoli, por ejemplo, habla de un cambio en la naturaleza misma de la democracia. Dicho autor menciona que “la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales –imponiendo obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos– ha en efecto insertado en la democracia una dimensión “sustancial”, que se agrega a la tradicional

dimensión “política”, meramente “formal” o “procedimental”. Si las normas formales de la constitución –aquellas que disciplinan la organización de los poderes públicos y [...] garantizan la dimensión formal de la “democracia política” que se refiere al *quién* y al *cómo* de las decisiones, sus normas sustanciales –aquellas que establecen los principios y derechos fundamentales y que, [...] garantizan lo que bien podemos llamar la dimensión material de la “democracia sustancial”, que se refiere a *qué* no puede ser decidido o debe ser decidido por toda mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los otros principios axiológicos establecidos por ella”².

Si es que se empieza a dar prevalencia de unos derechos por otros y no se logra que los derechos fundamentales actúen sobre la democracia poniéndole límites a ésta, quizá la deliberación quede sustraída del espacio público y político. Se empieza a crear un escenario en que bajo el uso de ciertos derechos sobre otros o bajo justificativos normativos se establece que es lícito decidir y que no, lo cual pone en riesgo a la libertad de disenso y la deliberación. Agustín Grijalva, respecto de este modelo de democracia sustancial que propone Ferrajoli como contrapeso a la democracia, menciona que “[...] para Ferrajoli, la democracia misma requeriría que los derechos humanos funcionen como sus límites a efectos de evitar que aquella degenere en lo que llama una democracia plebiscitaria, una tiranía de la mayoría que terminaría por erosionar los derechos que sirven de base a la propia democracia. A la democracia plebiscitaria Ferrajoli ha opuesto lo que ha denominado democracia constitucional, un sistema jurídico-político en que la voluntad de la mayoría se halla canalizada y limitada por derechos humanos y por tanto universales, indisponibles e imprescriptibles, establecidos en el derecho internacional y en una Constitución relativamente rígida, esto es, que no se puede reformar sino por un procedimiento o mayoría especial”³.

Empero, esta singular propuesta de Ferrajoli no lograría complementar los términos democracia y derechos humanos y tampoco logra un contrapeso eficaz, pues la simple instrumentalización formal del contrapeso a través de la rigidez constitucional y procesal pondría a los jueces y a un Tribunal o Corte Constitucional a ser los gestores del decisionismo, y en última instancia los guardianes no sólo de la Constitución, sino también de los propios derechos e incluso del sistema “democrático”. Esa idea de mucha rigidez podría ser un peligro para la deliberación democrática, pues excluye a los derechos de la

² FERRAJOLI, L.; “La democracia constitucional”, en: COURTIS, C. (comp.); *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 438.

³ GRIJALVA, A.; *Constitucionalismo en Ecuador*, 1ª reimp., Quito, V&M Gráficas – Corte Constitucional para el período de transición, 2012, pp. 55-56.

discusión pública⁴ y pone a las instituciones (jueces, Tribunal o Corte Constitucional, etc.) como la nueva mayoría que todo lo decide aún a costas del pueblo.

De ese inminente peligro habla, por ejemplo, Roberto Gargarella cuando señala las deformaciones en que incurre la democracia –respecto a los peligros del constitucionalismo– y manifiesta que “[...] la idea es que la democracia tiene por objetivo expandir (y no restringir) la posibilidad básica de que cada uno determine qué es lo que quiere hacer con su vida. En este tipo de sociedades, así como importa que cada individuo organice su propia vida conforme a sus convicciones, así también importa que los individuos –colectivamente– organicen su vida en común. Debe notarse, este segundo propósito viene a servir y no a impedir el anterior. De allí que resulte ajeno al ámbito de la democracia la decisión de aquellas cuestiones que hacen a la vida personal de cada uno (qué religión adoptar, qué creencias políticas defender, etc.)”⁵. Por ello, la justificación que se pudiera encontrar en la configuración del modelo de democracia constitucional propuesto por Ferrajoli radica en incorporar como elemento clave de la interacción política y social al pluralismo; y, por ende, a la compenetración de la ética pública con los derechos humanos.

De hecho, este justificante lo encontramos en Stephen Holmes y su artículo *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, mediante el cual expone sus criterios respecto a la autoridad moral de la Constitución y su permanencia como instrumento de limitación del poder político y adecuación del sistema normativo y democrático, y menciona que ésta se mantiene siempre y cuando “asegur[e] los requisitos para el consentimiento y la disidencia racionales, el debate público, la resolución de conflictos sin violencia y la revisión minuciosa y acumulativa del propio marco constitucional”⁶. En efecto, lo que se plantea Holmes es un marco de actuación de individuos –agentes sociales participantes en una comunidad política– y de los poderes públicos que han de complementarse los unos a los otros en la formación de la razón pública y en la estructuración y configuración de la organización y sistema político y social.

Ese precompromiso –que además, se supone es de carácter insustituible– pareciera romperse cuando los derechos humanos y la Constitución dejan de constituirse como

⁴ Vid., por ejemplo, GARGARELLA, R.; “Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”, en: ALEGRE, M., et.al., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003. Del mismo autor, vid., además, GARGARELLA, R.; “Constitución y democracia”, en: ALBANESE, S., et.al., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004.

⁵ GARGARELLA, R.; “Las amenazas del constitucionalismo...”, *op.cit.*, p. 29.

⁶ HOLMES, S.; “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en: ELSTER, J., SLAGSTAD, R.; *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 122.

elementos que imponen límites infranqueables a la actuación del poder. Si las normas de derechos fundamentales, que juegan un papel muy importante en la configuración de la noción democrática y en la dimensión proteccionista frente a los abusos del poder dejaran de ser proactivas en su objetivo de generar un orden social más participativo y justo, entonces habría que preguntarse si la democracia sirve realmente como un precompromiso⁷ entre gobernantes y gobernados o no. Ante esa realidad, Francisco Javier Ansuátegui Roig, por ejemplo, se pregunta: “[...] ¿qué estamos diciendo cuando señalamos que en democracia, la Constitución, a partir entre otras cosas de la acción de las normas de derechos fundamentales, limita al poder?”⁸, y responde, a su vez, que “[...] estamos haciendo alusión a la tensión [...] entre derechos fundamentales –y Constitución–, de un lado, y democracia, de otro. En el marco del constitucionalismo, la Constitución se entiende como un precompromiso, como un marco de referencia insustituible, en el interior del cual se entiende la acción de los poderes públicos y de los ciudadanos”⁹.

Los derechos humanos junto con la resistencia como mecanismo de defensa de la Constitución se activan entonces, cuando al parecer se rompe ese precompromiso social, normativo e institucional. Esto implica entender el alcance del disenso y el de los derechos en el marco de la deliberación social, puesto que nos ayudan a “determinar el contrapeso que representa el reconocimiento de derechos al alcance legítimo del proceso democrático”¹⁰. Consecuentemente, si se parte del hecho de que “[...] los derechos fundamentales son necesarios para que el proceso democrático funcione apropiadamente”¹¹, el análisis de Carlos Santiago Nino –respecto de los derechos humanos como contrapeso de la democracia– resulta interesante. Dicho autor, señala que “[...] no puede haber una tensión entre el reconocimiento de derechos y la operación del proceso democrático puesto que el valor del proceso democrático emana de su capacidad para determinar cuestiones

⁷ Vid., por ejemplo, ELSTER, J.; *Ulises y las sirenas*, trad. de Juan José Utrilla, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1989.

⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.; *Derechos, Constitución, Democracia (Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las Constituciones actuales)*, texto correspondiente –con alguna modificación– al de la conferencia dictada el 10 de noviembre de 2000 en el ciclo <<Derechos y Libertades en la Historia>>, organizado por el Instituto Universitario de Historia Simancas, de la Universidad de Valladolid. Se enmarca también en un acuerdo de investigación con el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, y en el Proyecto de investigación: <<Derechos fundamentales y Teoría del Derecho>> Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento, Dirección General de Enseñanza Superior (M.E.C.), en línea: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9377/derechos_ansuategui_2003.pdf?sequence=1 (Último acceso: 25/07/2015, 11:40).

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ NINO, C.S.; *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp.43-44.

¹¹ *Ibidem.*, p. 39.

morales, tales como las referentes al contenido, al alcance y a la jerarquía de los derechos”¹².

La tensión entre democracia y derechos humanos, sin embargo, surge inclusive dentro del proceso deliberativo cuando “[...] la corrección de la decisión política se establece en el proceso real de deliberación política en sí mismo. No presupone la existencia de un criterio independiente de justicia e imparcialidad (ya sea procedimental o sustantivo) más que el que realmente resulta de la deliberación pública”¹³. Este escenario refleja la preocupación por el desarrollo de un proceso deliberativo sólido que respete el disenso y a las minorías. Empero, para lograr dicho cometido, hace falta darle un mayor realce al valor epistémico de la democracia para generar una eclosión de noción democrática con perspectiva dialógica, deliberativa, plural y participativa.

1.1.1 EL VALOR EPISTÉMICO DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

La justificación epistémica de la democracia deliberativa encuentra asidero cuando lo que se intenta es responder a las preguntas en torno a *quién* decide, *qué* se decide y *cómo* se decide. Se ha hablado en líneas anteriores respecto del respeto por la libertad de disenso y el peligro que supone que una mayoría aplique su regla decisionista sin integrar a las minorías o, inclusive, abusando de la regla mayoritaria para convertirla en un instrumento posesivo del espacio público y la deliberación, en que las decisiones mayoritarias pasan a ser las más “deseables” porque se consideran las más “justas” en un ámbito de poca discusión o deliberación.

Incluso, aun cuando se asumiera que existe deliberación y discusión que integre a todos los agentes sociales en competencia en una comunidad política –mayorías y minorías– ¿cómo se puede establecer si el grado de discusión y participación es el óptimo para fortalecer la deliberación? ¿El consenso como resultado de una deliberación o discusión supone calificar a una decisión siempre como la más deseable o la más justa cuando ha sido producto de una negociación entre los distintos agentes sociales?

Ese vínculo entre la deliberación y el tipo de decisiones que se adoptan en una comunidad política y social no es empírico, puesto que incluso la mayoría puede equivocarse o la decisión que fue adoptada en el seno de una deliberación o negociación entre mayorías y minorías, aunque haya sido plural, diversa y haya recogido diferentes

¹² *Ibidem.*, p. 137.

¹³ PÉREZ DE LA FUENTE, O.; “Qué Democracia(s)”, en: *Revista Co-herencia*, Vol. 9, No. 16, Enero – Junio, 2012, Medellín, pp. 53-79.

posturas puede que, a mediano plazo, ya no funcione o carezca de validez y eficacia o no vaya acorde con los nuevos tiempos y las nuevas exigencias sociales, lo que implicaría, a su vez, una reforma a la decisión adoptada con anterioridad y una nueva configuración de ésta *a posteriori*. Por tanto, lo que se ha venido sosteniendo es que “[...] la justificación epistémica de la deliberación es conceptual: la deliberación es el ejercicio colectivo de la racionalidad y la racionalidad es el único modo de acercarnos a las mejores decisiones. Contra la razón no se puede argumentar. Ahora bien, que la deliberación nos ayude a tomar las mejores decisiones, nos compromete muy poco con la democracia. [...] Por eso la defensa de la democracia deliberativa debe completar la premisa conceptual que relaciona la deliberación y las mejores decisiones con otra que relacione la democracia con la buena deliberación. Se trata en este caso de una premisa empírica: “la calidad de la deliberación depende del grado de participación democrática” —y, por ende, del planteamiento de nuevos modelos democráticos en que los derechos humanos actúen como contrapeso de la democracia—”¹⁴. (Los entre guiones me pertenecen).

La filosofía política ha tratado de buscar, justamente, ese vínculo entre la democracia deliberativa y las mejores decisiones, tratando de consolidar así el valor epistémico de la deliberación. Este valor epistémico, encuentra su fundamentación cuando autores como Habermas, manifiestan que “[...] la sustancia de los derechos humanos yace pues en las condiciones formales para la institucionalización jurídica de ese proceso de formación discursiva de opinión y voluntad en la que la soberanía popular toma una forma jurídica”¹⁵. Esto quiere decir que “el proceso democrático, dentro del cual se forman discursivamente la opinión y la voluntad ciudadana, precisa reconocerle al individuo ciertos derechos de participación, como la libertad de conciencia y expresión, derechos de congregación y acción colectiva, el voto libre y la igualdad”¹⁶. Por tanto, “el principio de que toda violencia estatal emana del pueblo tiene que ser *especificado*, según las circunstancias, en libertades

¹⁴ MEJÍA QUINTANA, O.; “La democracia liberal fiscalizada: Modelos alternativos de democracia deliberativa. Encuentros y tensiones”, en: CUERVO, J. I., HERNÁNDEZ, A., y, UGARRIZA, J.E. (eds.); *El giro deliberativo en la democracia. Teoría y evidencia empírica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 57-58.

¹⁵ HABERMAS, J.; *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 135. Además, sobre la justificación epistémica de la democracia deliberativa o del proceso deliberativo: Vid., por ejemplo, COHEN, J.; “An Epistemic Conception of Democracy”, en: *Ethics Review*, No. 97, 1986; ESTLUND, D.; “Beyond fairness and deliberation: the epistemic dimension of democratic authority”, en: BOHMAN, J., REGH, W. (eds.); *Essays on Reason and Politics. Deliberative Democracy*, Boston, Massachusetts Institute of Technology, 1997, pp. 174-175; NINO, C. S.; “El constructivismo epistémico”, en: NINO, C.S., et.al.; *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 62; y, ROSENKRANTZ, C.; “La democracia: una crítica a su justificación epistémica”, en: *Revista Doxa*, No. 10, 1991, pp. 261-277.

¹⁶ OQUENDO, A. R.; *Democracia y Pluralismo*, México D.F., Fontamara, 2004, p. 24.

de opinión, información, congregación, asociación, creencia, conciencia y confesión, así como en derechos de participación en elecciones, partidos políticos y movimientos ciudadanos, etc.”¹⁷. Cuando se coartan o vulneran estas libertades, se activa la resistencia y, por ende, se configura y toma forma la protesta social.

Desde esa perspectiva, el valor epistémico es el que justifica la actuación de la democracia en la producción o establecimiento de las decisiones públicas, políticas y sociales que se vuelven legítimas sólo a través del procedimiento deliberativo, porque tal y como menciona Gerald Gaus: “[...] los procedimientos de deliberación democrática tienen un mayor valor epistémico que las otras alternativas democráticas que pueden surgir – representación, consenso, democracias directas y semidirectas–. Y esto significa que las decisiones tomadas en el seno de esos procedimientos son más propensas a ser consideradas o concebidas como justas en torno a la rectitud con que se la ha adoptado y a lo eficiente del diálogo y la negociación –donde, por lo general, existe un proceso independiente en la toma de decisiones y que parte de una normalización intersubjetivamente válida de todas las opiniones vertidas por los individuos participantes– que no se da en las decisiones tomadas por otros procedimientos democráticos menos deliberativos y menos participativos”¹⁸.

A esto hay que agregar que resulta complicado, justamente, encontrar verdaderos justificativos razonables para demostrar que efectivamente la democracia deliberativa, o cualquiera de las otras alternativas democráticas, es el procedimiento más acertado o no en términos de fiabilidad política y social, ya que “[...] carecemos de un criterio preciso de calidad democrática, pero de todos modos, este problema puede ser evitado –y se puede evitar también el debilitamiento de la tesis del valor epistémico de la democracia deliberativa– al afirmar solamente el hecho de que no se puede demostrar la efectividad de ningún método para resolver las controversias morales más allá de toda duda razonable en que el valor epistémico resulta mucho mejor aplicable que la misma democracia”¹⁹.

Este debate por sostener el valor epistémico de la democracia deliberativa trae consigo la discusión respecto a si los derechos humanos actúan como contrapeso de la democracia o, en su caso, si es que más bien deben ser considerados como presupuestos esenciales e

¹⁷ HABERMAS, J.; *Facticidad y validez*..., *op.cit.*, p. 162.

¹⁸ GAUS, G.; “Looking for the best and finding none better: the epistemic case for deliberative democracy”, en: *The Modern Schoolman Review*, vol. 74, 1997, pp. 277-284, 275. Vid., del mismo autor: GAUS, G.; *Justificatory Liberalism: An essay on epistemology and political theory*, Oxford, Oxford University Press, 1996; y, GAUS, G.; “Reason, Justification and Consensus: Why democracy can’t have it all”, en: BOHMAN, J., REGH, W. (eds.); *Essays on Reason and Politics. Deliberative Democracy*, Boston, Massachusetts Institute of Technology, 1997, pp. 205-242.

¹⁹ GAUS, G.; “Looking for the best...”, *op.cit.*, p. 281.

intrínsecos de ésta. Tal discusión, nos lleva a los planteamientos o tesis contrapuestas entre Carlos Santiago Nino y Jürgen Habermas. Para Nino:

“El valor epistémico de la democracia exige que se cumplan ciertos requisitos sin los cuales no habría razón alguna para deferir a los resultados de la democracia. Estas condiciones incluyen la participación libre y por igual en el proceso de discusión y decisión, la orientación de la comunicación hacia la justificación, la ausencia de minorías marginadas y aisladas, así como la existencia de un trasfondo emocional apropiado para la argumentación. Algunos de estos requisitos, para el valor epistémico de la democracia, pueden ser vistos como la base para una carta de derechos, porque constituyen bienes que se les tienen que otorgar a las personas. Estos derechos que son requisitos para el funcionamiento propio del proceso democrático pueden considerarse ‘derechos *a priori*’. El respeto a estos derechos promueve la democracia y la provee de valor epistémico. Asimismo, si estos derechos no se respetan –por ejemplo, en las decisiones democráticas– no hay razón alguna para que una persona en ejercicio de su razón práctica defiera al resultado del proceso”²⁰.

El pensamiento de Nino parte de la premisa de que el valor epistémico de la democracia se fundamenta y fortalece con el reconocimiento, garantía y ejercicio de derechos políticos de participación considerados como preconcebidos moralmente por el individuo y que deben ser ejercitados en un ambiente de respeto democrático para alcanzar la verdadera autonomía individual y reclamar, consecuentemente, la garantía y protección de los derechos de libertad (entendida como libertad negativa) y no interferencia. Allí radica la justificación dada por Nino para considerar a los derechos humanos como contrapeso de la democracia. “Al propugnar que la democracia tiene un valor epistémico, Nino quiere decir que nos ayuda a conocer ciertas verdades morales, entre las que se encuentran aquellos derechos que se podrían denominar *a posteriori*. Mas para desempeñar esta función epistémica, tienen que cumplirse ciertos requisitos. La democracia, dicho de otro modo, tiene que concederles a sus ciudadanos otros derechos, que Nino bautiza *a priori*”²¹.

Para Habermas, sin embargo, “[hay que] concebir la unión de la razón práctica y la voluntad soberana de manera que la idea de derechos humanos y el principio de soberanía popular se interpreten *recíprocamente*”²². A diferencia de Nino, Habermas enlaza la democracia y los derechos humanos y los pone o coloca en una posición más de carácter

²⁰ NINO, C.S.; *La constitución...*, *op.cit.*, pp. 138-139.

²¹ OQUENDO, A. R.; *Democracia y Pluralismo...*, *op.cit.*, p. 29.

²² HABERMAS, J.; *Facticidad y validez...*, *op.cit.*, p. 130.

constructivista que moralista. Esto quiere decir, a su vez, que Habermas considera a los derechos humanos no como contrapeso de la democracia sino como parte esencial de la misma; en su teoría de la democracia discursiva, la democracia y los derechos humanos mantienen una posición compartida en que ambos términos son vistos como *co-iguales* y *co-originarios*²³. Por tanto, la postura liberal de Nino podría suponer para Habermas una conjuración peligrosa en que se deslegitime la regla de mayoría y se la reemplace por una “tiranía de la mayoría”. Esto traería como consecuencia, inclusive, que los derechos de libertad y los derechos de participación (vistos en sentido negativo y de no interferencia) tengan una visión más paternalista, que podría conllevar a manifestaciones de posturas y tesis oscuras como aquellas que en que se sustentaría o trataría de justificar la presencia de estos derechos aún en ausencia de democracia. A decir de Habermas: “Los derechos negativos de libertad y los derechos sociales de participación [...] pueden ser concedidos paternalistamente. En principio, el Estado de derecho y el Estado social son posibles inclusive sin democracia”²⁴.

Esta posición última de Habermas, aunque es válida en cuanto a su justificación, muestra además que la democracia concebida en Estados paternalistas está muy lejos de ser considerada superflua. Si de verdad se respetaran y garantizaran los derechos de libertad y los derechos sociales de participación, se diría, con toda seguridad, que en ese “tipo ideal” de Estado en que se han alcanzado las máximas garantistas, la democracia resulta excesiva y ya no estaría en el debate de la filosofía política actual. De momento, eso es poco probable, y la discusión de la armonización entre democracia y derechos humanos se centra más bien en ver cómo los individuos –agentes participantes en una comunidad política– logran tomar parte en las decisiones públicas y sociales y en el proceso político. En efecto, Habermas matiza que “solamente los derechos políticos de participación fundamentan la posición jurídica reflexiva y autoreferente del ciudadano”²⁵, lo que da a entender que “[...] estos derechos que facultan a las personas a tomar parte en el proceso político, emanan no independientemente del principio de soberanía popular, sino integralmente. Consecuentemente, no pueden existir en ausencia de democracia. Por otro lado, no puede haber verdadera democracia si no se reconocen estos derechos políticos de participación”²⁶.

²³ Cfr. LARMORE, C.; “The foundations of modern democracy. Reflections on Jürgen Habermas”, en: *European Journal of Philosophy*, vol. 3, 1995, pp. 55-68, 55. Vid., además, OQUENDO, A. R.; *Democracia y Pluralismo...*, op.cit., p. 25; y, HABERMAS, J.; *Facticidad y validez...*, op.cit., p. 133.

²⁴ HABERMAS, J.; *Facticidad y validez...*, op.cit., p. 647.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ OQUENDO, A. R.; *Democracia y Pluralismo...*, op.cit., pp. 27-28.

El constructivismo ontológico que se le atribuye a Habermas, por tanto, lleva implícito una dosis conceptual de moralidad. Esa concepción moral es la antítesis que hace Nino a la propuesta de Habermas cuando menciona que “la verdad moral es constituida por el consenso que resulta de una discusión moral real que respeta ciertas restricciones procesales. [...] El método colectivo de discusión y decisión es la única vía de acceso a la verdad moral, dado que la reflexión monológica siempre se ve distorsionada por prejuicios del individuo que, por causa del condicionamiento contextual y la imposibilidad de ponerse en el lugar del otro, lo llevan a favorecerse a sí mismo o a personas que le sean allegadas. Sólo el consenso real, formado tras un debate amplio con pocas exclusiones, manipulaciones o desigualdades, provee acceso confiable a las exigencias de la moralidad”²⁷. Empero, Habermas le contesta a Nino diciéndole que “las argumentaciones morales sirven, pues, a la solución de conflictos prácticos. Los conflictos en el ámbito de las interacciones normativas se originan directamente en un acuerdo normativo interrumpido. El trabajo de reparación puede consistir únicamente en garantizarle reconocimiento intersubjetivo a una pretensión de validez que inicialmente era contestable más luego dejó de ser problemática o a la pretensión alternativa que pasó a substituir la anterior. Este tipo de acuerdo expresa una *voluntad común*”²⁸.

Esta acalorada discusión entre Nino y Habermas marca sin duda el debate respecto al punto de partida y al punto de llegada de la democracia. Para muchos, el consenso es en sí mismo el punto de partida y la decisión adoptada (voluntad colectiva) constituye el punto de llegada. Para otros, el punto de partida no es el consenso sino el disenso, que se desenvuelve en la expresión de ideas intersubjetivas que luego llegan a un acuerdo racional producto de la suma de voluntades; ese resultado del diálogo colectivo, de la exposición de diversos intereses y puntos de vista recogidos en una última posición final e integral de participación de mayorías y minorías, es el consenso que se lo mira como punto de llegada de la democracia. De ese modo, la tesis ontológica de Habermas, en opinión de Ángel R. Oquendo, “[...] lo conduciría a la conclusión absurda de que una aseveración moral no puede ser verdadera hasta que sea aceptada en una discusión moral debidamente reglamentada”²⁹.

Esto pondría en riesgo, por ejemplo, el derecho de resistencia y protesta social y el valor epistémico de la democracia, puesto que un grupo de individuos o un sector disidente

²⁷ NINO, C.S.; *La constitución...*, *op.cit.*, pp. 113-114.

²⁸ HABERMAS, J.; *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de Ramón Cotarelo García, Madrid, Trotta, 2008, p. 77.

²⁹ OQUENDO, A. R.; *Democracia y Pluralismo...*, *op.cit.*, p. 30.

dentro de la comunidad política que reclama la garantía y el ejercicio pleno de sus derechos en el marco de la libertad de expresión, no podría hacerlo mientras no haya una decisión colectiva reglamentada respecto a cómo debe ejercerse el derecho de resistencia o protesta y qué se puede manifestar o decir y qué no. Y, además, contraría el espíritu del pluralismo democrático y daría paso a suponer acuerdos hipotéticos o, en principio, preestablecidos o condicionados. No puede suponerse que una norma sea válida mientras no ha sido avalada discursivamente por todos los agentes sociales participantes en una comunidad política. Tampoco se podría, en su caso, pretender que exista una aceptación tácita de todos los miembros de la sociedad a una norma que no ha sido previamente aceptada o acordada tomando en cuenta la suma de voluntades individuales. El *qué* se decide y el *cómo* se decide debe partir de una voluntad común que acepte las diferencias individuales y reconozca el diálogo intersubjetivo, sólo así se logrará una participación efectiva en la cual ha de quedar claro que *quién* decide no es uno o unos pocos, sino el pueblo visto como una composición integral de individuos investidos de razón y voluntad para llegar a acuerdos colectivos partiendo del disenso dialógico y comunicativo.

En consecuencia, Nino encuentra una salida a ese conflicto en que podría incurrir la tesis de Habermas y manifiesta que se debería abogar por una tesis más de carácter epistémica mediante la cual “la discusión y decisión intersubjetivas son el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, dado que el intercambio de ideas y la necesidad de justificarse ante los demás no sólo amplía el conocimiento propio y revela defectos en el razonamiento, sino que también ayuda a satisfacer el requisito de consideración imparcial de los intereses de todas las personas afectadas. Esto, sin embargo, no excluye la posibilidad de que por medio de la reflexión individual se pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas. No obstante, debe admitirse que este último método es mucho menos confiable que el colectivo en vista de lo difícil que resulta representar fielmente los intereses de los demás y ser imparcial”³⁰.

Por tanto, la piedra angular del valor epistémico de la democracia está en la deliberación efectiva que se produce a través de decisiones que toman en cuenta el pluralismo y el proceso dialógico y comunicativo entre todos los miembros de la sociedad. Sin embargo, es sabido que toda decisión tiene que ser sujeta a una votación, lo cual evidentemente supondría que si es que todos quienes participan en una decisión están de acuerdo con lo que se va a adoptar, entonces ya esa decisión no amerita una discusión. Ahora bien, se ha de considerar que el voto no es el único condicionante de legitimación de

³⁰ NINO, C.S.; *La constitución...*, *op.cit.*, p. 113.

una decisión mayoritaria; aun cuando todos quienes participan en dicha decisión estén de acuerdo con lo adoptado habría que ver si el procedimiento de debate y discusión fue realmente democrático e inclusivo.

En ese sentido, “[...] el proceso democrático constituye un mecanismo de deliberación efectivo. Más significativamente, es una empresa en la que los ciudadanos reflexionan y expresan cómo se ven a sí mismos en cuanto colectividad. Este esfuerzo comunal es fundamental, puesto que lo que está en juego es esencialmente la percepción del pueblo de sí mismo. Después de todo, una nación no es sino un grupo de individuos que coherentemente se imaginan a sí mismos compartiendo una vida colectiva. A la hora de definir la comunidad nacional o los diversos aspectos de esa existencia común es imprescindible darle voz y voto a los miembros”³¹, y con ello se va configurando poco a poco una política constructivista como herramienta de fortalecimiento de la democracia.

1.1.2 ENFOQUE NO HOMOGÉNEO DE LA DELIBERACIÓN. DELIBERACIÓN REAL Y DELIBERACIÓN IDEAL

Partiendo de que se debe configurar una política constructivista que ayude a fortalecer la democracia, la idea de un enfoque no homogéneo de la deliberación supone democratizar la democracia. Aunque esto parezca un simple juego de palabras, en realidad evoca el carácter emancipador de la democracia. Hans Köchler, por ejemplo, considera que lo ideal es “[...] no considerar a la democracia como un sistema monolítico de normas procesales y mecanismos de decisión inalterables, sino como un *proceso* en principio nunca consumado, cuya pauta normativa representa la participación de los ciudadanos, anclada en el principio básico de la soberanía del pueblo, en las decisiones que afectan a la totalidad del Estado. En ese sentido, la democracia real debe medirse siempre con la democracia ideal; de igual modo, esto vale también para la relación entre la constitución real e ideal”³². Por tanto, “el *concepto* de la democracia respecto de su consistencia y la *praxis* de la democracia respecto de su legitimidad, no puede ser un sustituto o una política orientada, en última instancia, por la perspectiva de la publicidad o de la producción de una opinión pública, y para la cual la

³¹ OQUENDO, A. R.; *Democracia y Pluralismo...*, op.cit., pp. 177-178.

³² KÖCHLER, H.; “La democracia en el campo de tensión entre la teoría y la realidad”, en: MAERK, J. (coord.); *¿Cómo democratizar la democracia? Construcción del conocimiento en América Latina y el Caribe*, México D.F., Plaza y Valdés, 2001, pp. 31-32. Vid., respecto de esa tensión entre democracia ideal y democracia real, además, BAY, C.; “Foundations of the liberal make-believe. Some implications of the contract theory versus freedom theory”, en: *Inquiry Review*, vol. 14, 1971, pp. 213-243; y, FUKUYAMA, F.; “The end of history?”, en: *The National Interest Review*, verano de 1989, pp. 3-18.

“democracia” representa sólo un medio central de legitimación legal, así como el aseguramiento fáctico de la praxis política”³³.

Debe más bien –la democracia deliberativa– orientar su conducta hacia una política constructivista tendiente a asumir “[...] los juegos de poder buscando fortalecer el propio de la democracia, y la pluralidad sociocultural como dato, como el lugar desde donde se construye un orden común, sin desconocer que se trata de un proceso conflictivo, que no es sinónimo de guerra, sino que supone la democracia y la paz”³⁴. Esto quiere decir, que la política constructivista encuentra asidero en el reconocimiento tanto de los conflictos como de los órdenes institucionales legítimos en los cuales éstos se desarrollan y procesan; situación que, evidentemente, sólo es posible en una concepción de sociedad democrática. Por ello, el conflicto dentro de la esfera social y de lo público no descarta la posibilidad de que existan pactos, consensos o acuerdos, y tampoco descarta la idea de que la construcción social o la sociedad misma cuenten con nuevos horizontes utópicos o proyectos emancipatorios producto del disenso y de la conformación de nuevos actores y movimientos sociales³⁵.

Se trata, en efecto, de crear una sociedad de tipo “abierta” que combine, por un lado, la noción democrática de deliberación; y, por otro, la noción dialógica de ética pública y pluralismo comunicacional y decisivo. La calidad de la democracia dependerá, como se ha dicho, del mayor grado de participación que tengan los agentes sociales dentro de una determinada comunidad política. Pero, si en esa relación existe un juego desigual de poder y este último es el que termina legitimando el orden político y sus decisiones, entonces la democracia se queda anclada solamente en la representación y no permite avanzar hacia formas más participativas dentro de la esfera pública y de las relaciones de poder entre gobernantes y gobernados que debe tener controles y contrapesos.

Por consiguiente, el concepto de poder entraña “[...] la multiplicidad de relaciones de fuerzas inmanentes y propias del dominio en que se ejercen y que son constitutivas de su organización; el juego que por medio de luchas y enfrentamientos, las transforma, las refuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran las unas en las

³³ KÖCHLER, H.; “La democracia en el campo de tensión...”, cit., p. 32.

³⁴ TOURAINE, A.; KHOSROKHAVAR, F.; *La recherche de soi, dialogue sur le sujet*, París, Fayard, 2000, p. 95.

³⁵ Cfr. CALDERÓN, F.; *La protesta social en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 32. El autor enfatiza que la política se hace y rehace a partir del conflicto social entre consenso y disenso, y menciona que: <<[El conflicto] se alimenta de relaciones desiguales de poder, también reales e históricas. Por esto los actores se hacen en la política, todos están sometidos a relaciones de poder. En este sentido, todo es político, aunque la política pueda no tener metas religiosas o determinismos económicos>>.

otras de modo que formen cadena o sistema, o al contrario los corrimientos, las contradicciones que aíslan unas de otras; las estrategias, por último, que las tornan efectivas, y cuyo dibujo general o cristalización institucional toma forma en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales [...]. El poder está en todas partes; no es que lo englobe todo, sino que viene de todas partes”³⁶.

Asimismo, se ha de decir que es necesario buscar formas de emancipación del poder ciudadano para que exista más participación de los individuos en los asuntos de interés público y social. Y allí reside justamente la hipótesis de esta investigación: ¿puede la política constructivista a través del disenso fortalecer la democracia deliberativa y proyectar nuevas formas de libertad de expresión desde el derecho a la resistencia y a la protesta social?, la cual se tratará de justificar entendiendo que la oposición colectiva (agrupada o no en campos sociales pluriorganizativos) marcará el punto de partida de la protesta social cuyo resultado será el rechazo categórico de una decisión, normativa o política pública considerada injusta e ilegítima, mismo que traerá consigo un cambio normativo o la normatividad de cambio para el encauzamiento democrático del sistema político en el que operen los diversos actores sociales. Ese objetivo solamente podrá ser alcanzado a partir de la implementación –en el proceso democrático y deliberativo– de la política constructivista. Si no se consigue dicho objetivo dentro de la esfera pública y social, surgen varias problemáticas en torno al disenso y a la consideración de los disidentes como ciudadanos y actores sociales y participantes del entramado social.

1.1.2.1 VERSIÓN FUERTE DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Repensar entonces el proceso deliberativo desde el disenso para la consolidación de una política constructivista sólida, supone entender que la configuración de dicho disenso es posible solamente si se lo coloca dentro de una posición o versión fuerte de la democracia deliberativa, mediante la cual las decisiones adoptadas en la esfera pública deben cumplir parámetros de justicia e imparcialidad y de facticidad y validez para ser determinantes en el desarrollo del entramado social, caso contrario la resistencia y protesta social contra éstas se vuelve un factor ineludible y justificado para tomar correctivos en el proceso democrático y participativo de la sociedad.

La versión fuerte de la democracia deliberativa alcanza ese ideal participativo, cuando, por ejemplo, “ve la virtud cívica y la participación política como *intrínsecos* a la libertad;

³⁶ FOUCAULT, M.; *Microfísica del poder*, trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, 2ª ed., Madrid, La Piqueta, 1979, p. 39.

dada nuestra naturaleza como seres políticos, somos libres sólo en la medida que ejercemos nuestra capacidad de deliberar sobre el bien común y participar en la vida pública de una ciudad o república libre”³⁷. Esa virtud cívica y ese servicio público de los ciudadanos a la hora de participar en los asuntos de interés público y social ven a esa acción colectiva como “[...] *instrumental* a la libertad; la libertad de perseguir nuestros fines depende de preservar la libertad de nuestra comunidad política, que se vincula a su vez a la buena disposición para poner el bien común encima de nuestros intereses privados”³⁸.

De esa manera, la versión fuerte de la democracia deliberativa –a mi criterio– tiene que ver con la capacidad receptiva que tienen las instituciones estatales, los poderes públicos y el poder político respecto al ejercicio de la soberanía popular adoptado por los gobernados –agentes sociales participantes en una comunidad política– que como soberanos legítimos del poder social intentan impregnar en el debate público un sistema de frenos y contrapesos para que las decisiones a tomar en el seno de la esfera pública no sean desmedidas o arbitrarias.

Esta acción cívica y ciudadana hace que la versión fuerte de la democracia deliberativa implante su misión de controlar el respeto de las reglas de juego democrático, que no sólo implican el respeto de la regla de mayoría y su sujeción al principio de legalidad, sino también la aplicación del disenso participativo y el diálogo intersubjetivo en la toma de decisiones públicas y políticas.

La fortaleza de esa visión fuerte, entonces, está en controlar a través del poder ciudadano la efectividad de las reglas de juego democrático que deberían basarse en lo que Michelangelo Bovero denomina como condiciones de igualdad democrática, en las que los agentes sociales participantes en una comunidad política toman decisiones conscientes y dentro de un debate inclusivo y no excluyente, aceptando las diferencias y los puntos de vista disímiles para *a posteriori* formalizar un acuerdo. En esa igualdad democrática el individuo es concebido como un sujeto con autonomía y capacidad para llevar a cabo elecciones y decisiones políticas y públicas libres y no predeterminadas, condicionando así a las reglas del juego democrático al respeto por la libertad individual, en que una toma de decisión o elección política por parte de un individuo es válida solamente si persigue diversas soluciones a un específico contexto social en debate y discusión.

³⁷ SANDEL, M. J.; *Filosofía pública*, trad. de Albino Santos Mosquera, Barcelona, Marbot, 2008, p. 26.

³⁸ *Ibidem*.

Ahí, la condición del pluralismo de carácter meramente político se inserta como mecanismo fuerte de deliberación que fortalece aún más la democracia y logra corregir los malestares de un sistema político poco deliberativo. Ese pluralismo implica, entonces, la inclusión de las minorías en el debate público y la implementación de una condición democrática en que las mayorías han de oír siempre los argumentos y postulados de la minoría, pues sólo así se dotará de eficacia democrática al sistema político y a la comunidad social. Todos estos efectos de la versión fuerte de la democracia deliberativa se encauzan, finalmente, en procedimientos legales, normativos e institucionales que deberán implementar condicionamientos respecto a la supervivencia o salvaguardia de la democracia³⁹.

En efecto, respecto de la democracia fuerte aunada a un proceso deliberativo, Benjamín Barber menciona por ejemplo, que solamente el disenso y la capacidad de resistencia permitirán crear poco a poco una comunidad política sólida que pueda participar más activamente en asuntos de interés público e incluso hacer una traslación o transformación de ciertos intereses parciales y privados en bienes públicos, en pro del bien común. Esta transformación deliberativa supondrá el establecimiento de una forma participativa en que los individuos se autogobiernan a sí mismos en respuesta a la condición política imperante, lo cual se traduce en un razonamiento público por medio del cual se claman cambios y se establecen correctivos⁴⁰.

Es en esa versión fuerte de democracia deliberativa, entonces, donde se intenta frenar los abusos y las violaciones a las reglas de juego democrático mediante condicionamientos que buscan generar mayor inclusión participativa de los agentes sociales participantes en una comunidad política (especialmente de las minorías), lo cual fortalece el pluralismo y la convivencia colectiva en aras de que las relaciones intersubjetivas y el debate público en asuntos de interés general tenga un efecto más distributivo en el que todos los ciudadanos puedan ejercer su derecho a participar en la vida política y a manifestarse y expresarse con libertad para hacer escuchar sus ideas y opiniones e intentar generar un sistema político y democrático más justo y más equitativo.

³⁹ Cfr. BOVERO, M.; *Las reglas del juego democrático y sus violaciones en el mundo actual*, trad. de Antonella Attili y Lorenzo Córdova Vianello, Jalisco, Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco, 2008, pp. 9-21.

⁴⁰ Cfr. BARBER, B.; *Democracia fuerte. Política participativa para una nueva época*, trad. de Juan Jesús Mora Molina, Córdoba, Almuzara, 2004, p. 228. El autor explica que con respecto a la idea de que en la democracia fuerte los individuos se autogobiernan así mismos, este autogobierno se ejercita: <<no necesariamente en cada nivel, ni en cada instancia pero sí con la suficiente frecuencia y, en particular, cuando hay que decidir unas políticas básicas y cuando se despliega un poder relevante>>.

1.1.2.2. VERSIÓN DÉBIL DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A menudo se suele decir que el ideal democrático se asienta en la relación entre soberanía popular y poder político, que se ve fortalecida por una buena opinión pública. Esta opinión pública –en la que todos los agentes sociales participantes interactúan con sus opiniones y puntos de vista– es la que da vida al pluralismo democrático y a la deliberación en una comunidad política. Ciertamente, con una visión así se estaría introduciendo criterios del ideal fuerte de democracia del que se hablaba anteriormente. Ese ideal se construye bajo la idea de una *sociedad abierta*, que en palabras de Karl Popper:

“[...] Al caracterizar la sociedad cerrada como mágica y la abierta como racional y crítica es necesario, por supuesto, idealizar la sociedad en cuestión. La actitud mágica no ha desaparecido, en modo alguno, de nuestra vida, ni siquiera en las sociedades más <<abiertas>> que ha alcanzado la civilización, y me parece improbable que llegue a desaparecer completamente algún día. A pesar de ello, creo posible dar algún criterio útil para la transición de la sociedad cerrada a la abierta. Dicha transición tiene lugar cuando se reconoce conscientemente, por primera vez, que las instituciones sociales son hechas por el hombre y cuando se discute su modificación voluntaria en función de la mayor o menor conveniencia para el logro de los objetivos o finalidades humanas. O, para decirlo de forma menos abstracta, la sociedad cerrada se derrumba cuando el temor sobrenatural que inspira el orden social da paso a una activa interferencia y a la prosecución consciente de intereses personales o colectivos”⁴¹.

Esa búsqueda de transición de sociedades cerradas a abiertas puede verse afectada, empero, por una visión débil de la democracia caracterizada por la conducta de opresión de quienes ostentan el poder frente a quienes no lo tienen y de exclusión de ciertos sectores del debate y la opinión pública. Karl Marx, por ejemplo, manifiesta que “[...] en realidad, el Estado no es más que un engranaje para la opresión de una clase por parte de otra, y esto no vale menos para una república democrática que para una monarquía”⁴². Ese engranaje que somete a los individuos al silencio y ostracismo y que no les permite expresarse libremente y tomar decisiones en la arena pública y social es el que debilita la visión fuerte de la democracia deliberativa y recrea una visión débil, misma que en palabras de Popper en su obra *La sociedad abierta y sus enemigos*, acarrea: “a) Una política de censura de la democracia por todos los males que no impide, en lugar de reconocer que son los

⁴¹ POPPER, K. R.; *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. de Eduardo Loedel, Barcelona, Paidós, 2006, p. 625.

⁴² MARX, K.; *Civil War in France*, intr. de Friedrich Engels, trad. de Martin Lawrence, Londres, 1933, p. 19. Citado además en: POPPER, K. R.; *La sociedad abierta...*, *op.cit.*, p. 376.

demócratas quienes deben ser censurados y, por lo general, la oposición no menos que la mayoría. (Toda oposición tiene la mayoría que se merece); b) Una política tendiente a inculcar a los gobernados la idea de que el Estado no es de ellos sino de los gobernantes; y, c) Una prédica de que sólo hay una manera de mejorar las cosas y es ésta la *completa conquista del poder*. Pero esto pasa por alto la virtud realmente importante de la democracia, es decir, la de contener y equilibrar el poder”⁴³.

Si se implementan tales políticas, ciertamente, se atentará contra una sociedad abierta y pluralista y la idea de razón pública se construirá en base a quien ostenta el poder o a quien puede entronizar el efecto dominación. Habrá quienes solamente tengan que obedecer las decisiones de una mayoría tiránica sin posibilidad de expresar su disidencia. Ese sistema rompe, evidentemente, con la idea de ciudadanía democrática y por ende con el derecho de gentes; aquél expresado por John Rawls cuando señala que “la idea de razón pública tiene una estructura definida y si se omiten uno o varios de sus aspectos no resulta creíble. [...] Tiene cinco aspectos diferentes: 1) las cuestiones políticas fundamentales a las cuales se aplica; 2) las personas a quienes se aplica (funcionarios públicos y candidatos a cargos públicos); 3) su contenido determinado por una familia de concepciones políticas razonables de la justicia; 4) la aplicación de estas concepciones en los debates sobre normas coercitivas que se convierten en leyes legítimas de una sociedad democrática; y, 5) el control ciudadano para que los principios derivados de aquellas concepciones de justicia satisfagan el criterio de reciprocidad”⁴⁴.

La implementación de una visión débil de la democracia deliberativa, en consecuencia, da elementos suficientes para justificar la tesis de la que ya se hablaba anteriormente en que se decía que no todo Estado por el mero hecho de serlo, puede ser considerado democrático y peor aún, de derecho.

Bajo esa premisa, entonces, y los aspectos de la razón pública dentro del derecho de gentes de Rawls, se podrían clasificar a los Estados en tres tipos: a) Estados de derecho: en los que se cumple con las garantías normativas, democráticas, constitucionales, jurisdiccionales y de políticas públicas para el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de los individuos sometidos a su jurisdicción, fomentando el respeto hacia la libertad y autonomía individual y asegurando el libre acceso a iguales oportunidades a todos, en igualdad de condiciones en cuanto a participación y a ejercicio de los derechos.

⁴³ POPPER, K. R.; *La sociedad abierta y sus enemigos...*, op.cit., p. 376.

⁴⁴ RAWLS, J.; *El derecho de gentes y <<una revisión de la idea de razón pública>>*, trad. de Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001, p. 157.

Además, en este tipo de Estado, existe separación de poderes o, más propiamente dicho, de funciones en donde existen balances y contrapesos a la actuación del Poder; b) Estados decentes: en los cuales funcionan ciertas garantías y hay cierta institucionalidad y contrapeso aunque esta última se debilite por la corrupción política; y, c) Estados criminales: en los cuales no hay opción para la disidencia, la democracia y la separación de poderes. El poder se concentra en pocas manos –una mayoría tiránica– que actúa al margen de la ley y la Constitución y que actúa envilecida por un decisionismo demagógico que centra la razón pública en la figura de un supuesto “líder” o caudillo político. La falta de institucionalidad aunada con la corrupción política genera debilidad en el pluralismo (casi inexistente) y en la deliberación (casi nula) en este tipo de Estados y las graves violaciones sistemáticas contra los derechos humanos son una práctica constante.

Frente a ese panorama, lo que queda es buscar desde el derecho a la resistencia y la proclamación de la protesta social el paso hacia la transición de sociedades cerradas a unas de tipo más abiertas, pues en estas últimas se entiende que “[...] los fines públicos no se extrapolan desde absolutos, ni se describen mediante un consenso oculto preexistente. Son literalmente forjados mediante el acto de participación pública, creados mediante la deliberación común, la acción común y el efecto de esta acción y esta deliberación, que cambian de forma y dirección cuando se someten a estos procesos deliberativos”⁴⁵, más aún cuando a través de una política constructivista se va configurando una razón pública de carácter democrático. Dicha razón, “[...] es pública en tres sentidos: como razón de los ciudadanos libres e iguales, es la razón del público; su tema es el bien público referente a cuestiones de justicia política fundamental, es decir, cuestiones esenciales y cuestiones de justicia básica; y su naturaleza y contenido son públicos puesto que se expresan en una argumentación pública mediante una familia de concepciones políticas razonables de la justicia, razonablemente pensadas para satisfacer el criterio de reciprocidad”⁴⁶.

La diferencia, por tanto, entre una visión fuerte y débil de democracia está –a mi criterio– en la reciprocidad con que gobernantes y gobernados analizan cuestiones políticas y sociales para la toma de decisiones públicas, en que la deliberación se basa en criterios de justicia, libertad, igualdad y respeto al pluralismo y a la disidencia.

⁴⁵ BARBER, B.; *Democracia fuerte...*, *op.cit.*, p. 394.

⁴⁶ RAWLS, J.; *El derecho de gentes...*, *op.cit.*, pp. 157-158.

1.1.3. EL DISENSO COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA DEMOCRACIA

El propósito del disenso dentro del proceso deliberativo en la toma de decisiones dentro de la esfera pública y social lo que busca es la consolidación ideal de los derechos, descrita en una verdadera teoría de derechos que dé contenido a ese contrapeso que se pretende hacer al sistema democrático. Ese contrapeso, desde un punto analítico de corte liberal tiene un empeño principal que consiste en definir una serie de derechos individuales que no pueden ser vejados, vulnerados o afectados bajo ninguna circunstancia, ni siquiera con el consentimiento de la mayoría de los individuos en una sociedad⁴⁷. Estos derechos son considerados como “triumfos” contra la voluntad de la mayoría, para usar la terminología expuesta por Ronald Dworkin⁴⁸.

De esa manera, la búsqueda de la tan ansiada esencia de la democracia radica en posturas como la de la profesora María José Fariñas Dulce, que mencionan que dicha esencia no se encuentra en el consenso o, al menos, no solo ni como punto de inicio. “[...] Se encuentra principalmente, en el disenso, en la capacidad que tiene la ciudadanía de disentir; de expresar sus discrepancias para, a partir de ellas, construir consensos y acuerdos. El consenso no es una condición previa, es el resultado de un diálogo democrático, no el principio del mismo. Es un acuerdo o compromiso de voluntades – *einverständnis*, en el más puro sentido weberiano del término– construido desde el disenso y la diferencia. [...] De momento, las opciones autoritarias y represivas de la protesta social reflejan un claro estado de ánimo: no se quiere que la calle sea un espacio público democrático de ejercicio de los derechos de la ciudadanía. Al contrario, se pretende convertir la protesta social en un conflicto policial, llegando incluso a intentar la militarización de los conflictos sociales, porque así la única respuesta posible será la respuesta policial del orden público, es decir la aplicación de la ideología de la seguridad”⁴⁹.

Sin embargo, pueden darse situaciones en que no siempre existe un diálogo democrático y en el que el disenso no sea la antesala de un acuerdo de voluntades

⁴⁷ Cfr. RAWLS, J.; *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González, 2ª ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 3. El autor afirma que cada persona: <<posee una inviolabilidad fundada en la justicia que no puede ser anulada ni siquiera por el bienestar de la sociedad en su totalidad>>. Rawls insiste además en que <<los derechos que garantiza la justicia no están sujetos ni a la negociación política ni al cálculo de los intereses sociales>>. Ibidem., p. 4.

⁴⁸ Cfr. DWORKIN, R.; “Rights as Trumps”, en: WALDRON, J. (ed.); *Theories of Rights*, Boston, Harvard University Press, 1984, pp. 153-167. Vid., además, del mismo autor: DWORKIN, R.; *Taking the rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, pp. 194, 269. El autor menciona que: <<Un derecho contra el gobierno tiene que ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que estaría mal hacerlo y aun cuando si se hace la mayoría se perjudicaría>>. <<Si una persona tiene un derecho a algo está mal que el gobierno se lo deniegue aun cuando convenga al interés general>>.

⁴⁹ FARIÑAS DULCE, M. J.; *Democracia y Pluralismo: Una mirada hacia la emancipación*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 121

(mayoritarias y minoritarias) que lleguen a un consenso que finalmente se volverá mayoritario pero respetando las reglas del juego democrático que deben versar su accionar en una inclusión de la disidencia y de los puntos de vista y opiniones disímiles de los agentes sociales que han de deliberar respecto de una determinada cuestión en la esfera pública y social. Si el disenso no es anterior a la toma de decisiones y el consenso no se vuelve un resultado posterior a la deliberación plural y de choque antagónico de posturas e intereses, entonces no se puede hablar de una efectiva y real deliberación en la esfera pública.

1.1.3.1 ELEMENTOS DEL DISENSO EN LA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA

Lo cierto es que “sin antagonismo social no habría transformaciones sociales o éstas ocurrirían en forma excesivamente lenta, lo que haría a la sociedad algo demasiado estático. El progreso social, con frecuencia aparejado a la idea de cambio, es no pocas veces un efecto de las luchas sociales”⁵⁰. Esto permite conectar dos dimensiones básicas que la articulación del disenso y la dinámica de la movilización social entrañan y que son: una dimensión objetiva y otra normativa. La primera se refiere al punto de partida estructural que delimita el punto de ignición de los movimientos sociales y sus principales líneas de acción; la segunda atiende a la capacidad de los movilizados y de quienes protestan para desarrollar proyecciones normativas sobre los escenarios de cambio social que desean establecer; pero también atiende, por su parte, a las condiciones normativas actuales en que el uso abusivo y desmedido del derecho administrativo y del derecho penal acaban por reprimir, criminalizar, judicializar y sancionar la protesta social⁵¹.

Los elementos del disenso, en ese sentido, ayudan a fortalecer la deliberación y la participación ciudadana. El primero de ellos, es *la negación del “consenso total”*, pues entraña la idea de que tal consenso total “[...] no sólo impide la proliferación de las opiniones discordantes de los distintos grupos sociales, sino que también nulifica el diálogo y condena cualquier expresión disidente por considerarla perniciosa para el orden político. [...] En las sociedades contemporáneas, caracterizadas por su acentuado pluralismo, resulta imposible la existencia de dicho “consenso unánime [prestablecido y condicionado]”⁵². (El entre corchetes me pertenece). Un segundo elemento es *el respeto a las diferencias*, que

⁵⁰ DAHRENDORF, R.; “Hacia una teoría del conflicto social”, en: AMITAI; ETZIONI, E. (comp.); *Los cambios sociales*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 75.

⁵¹ Cfr. GODÀS PÉREZ, X.; *Política del disenso. Sociología de los movimientos sociales*, Barcelona, Icaria, 2007, p. 16.

⁵² BACA OLAMENDI, L.; *Diálogo y Democracia*, 3ª ed., México D.F., Instituto Federal Electoral, 2001, cap. II, pp. 25-35, 32.

consiste en señalar que “[...] la manifestación del desacuerdo favorece las libertades civiles, enaltece los valores de la libre expresión y de la convivencia tolerante y pacífica entre sus miembros, al tiempo que fortalece la legitimidad del régimen”⁵³o, dicho de otro modo, que consiste en escoger “o la guerra y lo desconocido o el compromiso y un régimen democrático”⁵⁴. Por último, un tercer elemento –consecuencia de los dos anteriores y quizá el más importante– es aquel del *ejercicio del diálogo*, pues éste tiende a precisar que “[...] la conformidad del individuo con la regla de la mayoría no significa consentimiento absoluto, pues existe también la posibilidad de poder resistir –en formas diversas, pero siempre en el marco de las leyes democráticamente aprobadas– las decisiones adoptadas”⁵⁵. Si se niega alguno de estos, o se los vulnera, se atenta directamente contra las bases del pluralismo y su afectación recae, eminentemente, en la libertad de disenso que se ve vejada y atropellada.

1.1.3.2 EL DISENSO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL CIUDADANO DEMOCRÁTICO (DEL SUJETO POLÍTICO REAL Y NO DE UN ENTE ABSTRACTO)

Está claro que, entre otras cosas, “[...] quizás sea posible la democracia como un orden conflictivo, como el resultado de una construcción colectiva deliberativa en la misma comunidad política. Esta idea no pretende desconocer la importancia de los mecanismos institucionales de representación o de una imprescindible cultura de procedimientos, o las nuevas relaciones de poder en la comunicación, sino tan sólo sugerir que son insuficientes para superar la crisis de los sistemas partidarios en las sociedades actuales”⁵⁶. La participación política, en ese sentido, “no es simple movilización popular ni se logra estableciendo mecanismos asamblearios de democracia directa. La participación política es la cotidianidad de la vida ciudadana, que en democracia solo se asegura a nivel local, en unidades territoriales políticas y autónomas descentralizadas donde se practique el autogobierno mediante representantes electos en forma directa, universal y secreta”⁵⁷.

La construcción del ciudadano democrático –visto como un sujeto real y no como un ente abstracto dentro de la comunidad política– va ligado a la configuración de la noción de

⁵³ *Ibidem.*, p. 33.

⁵⁴ DANKWART ALEXANDER, R.; “Transitions to democracy. Toward a dynamic model”, en: *Comparative Politics Review*, No. 2, abril de 1970, pp. 337-363.

⁵⁵ BACA OLAMENDI, L.; *Diálogo y Democracia...*, *op.cit.*, p. 32.

⁵⁶ CALDERÓN, F.; DOS SANTOS, M.; “Movimientos sociales y democracia: Los conflictos por la constitución de un nuevo orden”, en: CALDERÓN, F.; DOS SANTOS, M. (comp.); *Los conflictos por la constitución de un nuevo orden*, Buenos Aires, CLACSO, 1987, pp. 9-31, 15.

⁵⁷ BREWER-CARÍAS, A. R.; “Sobre la democracia participativa y sus falacias”, en: ARAÚJO OÑATE, R.; TORRES VILLARREAL, M. L. (eds.); *Retos de la democracia y de la participación ciudadana*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011, p. 40.

ciudadanía, misma que “[...] ha llegado a comprender no sólo la mera participación más o menos activa en la vida política del país, sino también las condiciones previas y esenciales para que esa ciudadanía estrictamente política tenga verdadero y cabal sentido: de un lado, la posesión y disfrute de los derechos civiles, que califican a las personas como tales y, por ello, como iguales a las demás en las capacidades básicas de su dignidad y autonomía individual, y, de otro lado, la garantía de los derechos sociales básicos, que deben asegurar las condiciones culturales y de bienestar económico y social suficiente para que la dignidad y la autonomía individual puedan ser efectivamente ejercidas”⁵⁸. En efecto, la expansión del término ciudadanía supone una visión más activa de la participación de un individuo – agente social dentro de una sociedad– en la esfera pública. Concomitantemente, este cambio de paradigma en la noción de ciudadanía representa “[...] “la hora de los ciudadanos”, la hora de su responsabilidad, de la toma de conciencia de que su protagonismo activo en la vida pública no se concreta sólo en el derecho al sufragio, ni siquiera con el añadido necesario del control del ejercicio de los poderes, sino también en asumir las cargas, responsabilidades y deberes que derivan de la existencia de tal vida pública, y que no pueden ser vistas tan sólo como tarea de la Administración a partir de las contribuciones de tipo económico que los ciudadanos realizan. Desde luego, una *nueva concepción de la ciudadanía; la ciudadanía responsablemente solidaria*”⁵⁹.

Esa nueva concepción de ciudadanía involucra, por un lado, el pluralismo democrático; y, por otro, el respeto a la libertad de disenso puesto que entiende al individuo como sujeto pleno de derechos y no como objeto de la relación entre Estado y gobernados, entre democracia y poder político. Incluso esa idea de ciudadanía activa y responsable entraña la idea de una participación activa de los individuos en la toma de decisiones de interés público y social, lo que incluye también el derecho de reunión y asociación y la capacidad de disentir respecto de ciertas posturas o ideas, e incluso de objetar la aplicación de ciertas normas o desobedecerlas por considerarlas injustas. Encontramos, de ese modo, la relación entre democracia, ciudadanía y protesta social. Dicha relación se sostiene en la idea de que la oposición colectiva (agrupada o no en campos sociales pluriorganizativos) marcará el punto de partida de la protesta social cuyo resultado será el rechazo categórico de una decisión, normativa o política pública considerada injusta e ilegítima, mismo que traerá

⁵⁸ RUIZ MIGUEL, A.; “Ciudadanía y derechos”, artículo publicado en: RUIZ MIGUEL, A., et.al., *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba (Volumen III)*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 1122.

⁵⁹ DE LUCAS, J.; “Sobre desobediencia y democracia. La hora de la ciudadanía”, en: *Revista Derechos y Libertades*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, No. 31, Época II, junio 2014, pp. 57-75, 64.

consigo un cambio normativo o la normatividad de cambio para el encauzamiento democrático del sistema político en el que operen los diversos actores sociales. Ese objetivo solamente podrá ser alcanzado a partir de la implementación –en el proceso democrático y deliberativo– de la política constructivista. Si no se consigue dicho objetivo dentro de la esfera pública y social, surgen dos problemáticas en torno al disenso y a la consideración de los disidentes como ciudadanos y actores sociales y participantes del entramado social.

Estas dos problemáticas demuestran la persistente criminalización de la protesta social y del derecho de resistencia mediante el uso ilegítimo y abusivo de disposiciones administrativas, legislativas, y penales. Javier De Lucas sostiene, por ejemplo, que “[la primera problemática], tiene que ver con la necesidad de revisar el lugar del disenso y de la crítica, de la desobediencia civil, en democracia. Creo que se extiende peligrosamente la tesis de que toda crítica radical (en el sentido de la crítica que reivindica las raíces de lo que, por definición, es la democracia) es radical en el sentido peyorativo: desmesurada, irreal, en suma, antisistema. El corolario es la descalificación (la criminalización incluso) de la desobediencia civil. [...] Una segunda cuestión [segunda problemática], de mayor calado es la que se refiere al debate sobre las raíces mismas de la democracia y así a su relación con el disenso y a la identificación de la democracia y de la ciudadanía con el modelo de democracia representativa”⁶⁰. Puede considerarse por tanto, que la construcción de un sujeto político real y activo dentro de una comunidad política –que ejerza su libertad de disenso e incluso su libertad de desobedecer civilmente– no se puede ver hoy en día “[...] como un síntoma de deslealtad frente a la democracia, sino como una forma excepcional de participación política en la construcción de la democracia. Y no es casual en absoluto el que la afirmación de la desobediencia civil [en el marco de la configuración del disenso y la política constructivista como herramientas para la construcción del ciudadano democrático] vaya generalmente acompañada no sólo de la defensa de la universalización de los derechos humanos que la democracia proclama, sino también de la afirmación de la necesidad de una ampliación de la democracia representativa en democracia participativa”⁶¹.

1.1.3.3 CONSECUENCIAS DE LIMITAR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y EL PODER CIUDADANO

Es sabido que en democracia la propugnación del discurso disidente también tiene asidero en el fortalecimiento de un orden público plural y cada vez más participativo, que incluso traiga aparejado consigo la idea de abolir instituciones y reformar el propio aparato

⁶⁰ Ibídem., p. 58.

⁶¹ Ibídem., p. 69.

estatal o el régimen democrático. “La disidencia radical, la disidencia anti-democrática, merece ser protegida y debe tener un lugar dentro del debate público contemporáneo. Sofocar ese tipo de discursos, aunque existan evidentes razones para demostrar su falsedad o impertinencia, nos acercaría a un terreno que ninguna democracia debe permitir, salvo casos excepcionales: el de la censura previa por razones de contenido del discurso. Bajo el paraguas de la democracia deben caer todos los discursos y todos los interlocutores, por equivocados que sean sus argumentos”⁶².

La complicación que trae consigo la limitación de la libertad de expresión es que reduce la capacidad del poder ciudadano para ejercer control respecto al equilibrio del poder y a la deliberación en asuntos de interés público y social. Pero, cabe preguntarse si es que ¿es posible limitar la libertad de expresión?, “¿[es posible limitarla] de aquellas ideas, opiniones, manifestaciones que ya no critican al sistema democrático, sino que defienden valores contradictorios con él mismo, cuya implantación precisaría la desaparición del régimen democrático y de las libertades individuales? Si la respuesta es afirmativa, esto es, si cabe adoptar alguna medida de defensa del Estado democrático frente a esos excesos de la libre manifestación del pensamiento, ¿hasta dónde se extiende esa posibilidad?”⁶³.

Si se da una contestación *a priori*, se podría decir que no cabe ninguna limitación a libertad de expresión, pues ésta atentaría contra sus dimensiones: *individual, social u objetiva e institucional*⁶⁴. Sin embargo, al situarnos en el contexto deliberativo y dada la relevancia del debate y su conexión con los principios del Estado democrático, cabe preguntarse: ¿en qué medida puede defenderse la legitimidad de un debate deliberativo si este se soporta en potenciales mentiras, insultos, atentados contra el honor o la imagen, etc.? La respuesta estaría –a mi juicio– en la reacción de los Estados a la hora de cumplir con su obligación de prohibir cierto tipo de discursos y expresiones que no solamente pueden resultar ofensivas, sino también que podrían corromper el orden público e incitar a la violencia y discriminación generando gran conmoción social. Cabe aquí la reflexión de que “la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas, no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental

⁶² CARBONELL, M.; “El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional”, en: ÁVILA ORDÓÑEZ, M. P.; ÁVILA SANTAMARÍA, R.; GÓMEZ GERMANO, G. (eds.); *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, V&M Gráficas, 2011, p. 92.

⁶³ ROSADO IGLESIAS, G.; “Libertad de expresión y defensa del orden democrático”, artículo publicado en: ROSADO IGLESIAS, G., et.al., *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba (Volumen III)*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 1105.

⁶⁴ Para una mejor comprensión respecto de la relación entre libertad de expresión y los valores vinculados tanto a la autonomía individual como al Estado democrático, Vid., por ejemplo, y como referencia comparada por aportar dichos elementos al debate sobre libertad de expresión y sus dimensiones individual, social e institucional: Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 6/1981.

del sistema democrático. [...] Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional”⁶⁵.

Esa prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso, genera, por tanto, una limitación en cuanto a la aparente justificación que dentro de los Estados democráticos ciertos grupos le confieren a la tolerancia (en nombre de la libertad de expresión) para propagar discursos y expresiones tendientes a inspirar intolerancia sobre otros individuos o colectivos. No se puede tolerar todo en nombre de la libertad de expresión⁶⁶. Tampoco están permitidos los discursos o propaganda que incite a la guerra⁶⁷, porque éstos en el marco de un debate que invite a la violencia o uso abusivo de la fuerza, por ejemplo, podría llevar a las generaciones actuales y a las venideras hacia el ostracismo que causa el flagelo de la beligerancia.

Los límites a la libertad de expresión en un debate deliberativo están, efectivamente, dados por los valores esenciales de la democracia deliberativa: la imparcialidad, la igualdad en respeto, el diálogo intercomunicativo y la participación ciudadana. Si estos valores no se respetan o se los atropella con discursos y expresiones que alteran su esencia y contenido, entonces sí que cabe una restricción justificada en torno a la libertad de expresión, misma que debe seguir los criterios de: proporcionalidad, necesidad en un Estado democrático y justificación de que tal medida de restricción persigue un fin legítimo⁶⁸.

En ese contexto, los límites de la libertad de expresión para buscar correctivos en el debate deliberativo deben centrarse en la idea de que ni existen expresiones absolutas y por tanto inmunes que puedan vejar la dignidad de otro, ni puede tampoco considerarse que el disidente es un enemigo del sistema. Debe haber regulación pero siempre entendiendo que, como resalta el jurista y doctrinario del derecho penal alemán, Hanz Welzel, la idea fundamental de la democracia consiste en “[...] asegurar la disposición de todos para que los grupos de la violencia estatal guíen su lucha por el orden social justo como una lucha espiritual y no al disidente eliminarlo como enemigo, en cuanto se tiene la mayoría y el

⁶⁵ Vid., Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 176/1995, recaída en el recurso de amparo interpuesto por el editor del álbum Hitler-SS.

⁶⁶ Cfr., en ese sentido, la opinión parcialmente disidente de los jueces Wildhaber, Kuris, Strážnická, Baka y Taja, en: Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999.

⁶⁷ Cfr. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Resolución 110 (II), *Medidas que han de adoptarse contra la propaganda a favor de una nueva guerra y contra sus instigadores*, del 3 de noviembre de 1947.

⁶⁸ Vid., sobre estos criterios de restricción de la libertad de expresión, en: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Case of Goodwin v. United Kingdom*, sentencia del 27 de marzo de 1996.

poder. En la democracia cada uno tiene libertad, de expresar su convencimiento, en la medida que está dispuesto a oír el convencimiento diferente de otro. La democracia se basa en la idea fundamental de la tolerancia recíproca, no de la unilateral, y también el principio de la mayoría se subordina a esta idea fundamental”⁶⁹. “[...] Un orden social es derecho sólo cuando antes que realizar la manifestación de una determinada posición de poder, más bien encierra la tentativa de realizar lo correcto y justo socialmente de acuerdo a los presupuestos y condiciones de su tiempo. Sólo así el orden social obligará a la persona no con la fuerza, sino con la pretensión de obligarlo en su conciencia”⁷⁰.

Así como la democracia tiene reglas, queda claro en efecto que la libertad de expresión también sigue ciertas reglas deontológicas y ontológicas que direccionan su ejercicio. Si se corrompen esas reglas de juego, se hace imposible la preservación de otros derechos y no se consigue una deliberación justa y apegada al pluralismo democrático, y aquí se regula, por tanto, la actividad de los medios económicos –entre los que se incluye a los medios de comunicación– que si bien pueden fijar una línea editorial, el respeto por el pluralismo de ideas debe ser vital. Las consecuencias de limitar, por tanto, la libertad de expresión sin ninguna justificación terminan por aniquilar la libertad de disidencia y el espacio deliberativo con el que cuentan las minorías.

De esa manera, “[...] el propósito último del Estado [es] dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades, y que [...] las fuerzas deliberativas [deben] prevalecer sobre las arbitrarias. [Para quienes ganaron la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica] la libertad [...] tenía un valor como medio y como fin. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y de decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate normalmente ofrece protección adecuada contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es un deber político; y que esto debe ser el principio fundamental del gobierno norteamericano. Reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar solamente por el temor al castigo cuando ha sido infringido; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra represión; que la represión engendra odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de

⁶⁹ WELZEL, H.; *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (que en español se traduce como: “Derecho Natural y Justicia material”), 4ª ed., Göttingen, Vandenhoeck y Ruprecht, 1962, p. 251.

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 252.

la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y los remedios que se propongan; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno. Creyendo como creían en el poder de la razón aplicada por medio del debate público, desecharon el silencio impuesto por la ley, que es la peor forma en que la fuerza se vuelve un argumento”⁷¹.

1.1.4 EL PROCESO DEMOCRÁTICO COMO ORDEN DE CONFLICTO

El proceso democrático en la sociedad moderna está movido por relaciones intersubjetivas en las que la comunicación deliberativa y dialógica es muy importante a la hora de la interacción social y la toma de decisiones conscientes, participativas y dinámicas. Ese tipo de sociedad deliberante, se define, en términos utilizados por Alan Touraine, como el intersubjetivismo en lo colectivo o dicho de manera más simple, como la interrelación entre la unidad y la diferencia. A decir de Touraine:

“[...] Si se define la democracia por la comprensión del otro, por el reconocimiento institucional de la mayor diversidad y la mayor creatividad posibles, es preciso comprender por qué y cómo son interdependientes unidad y diversidad. La sociedad moderna se define por la separación creciente de la racionalización y la afirmación del sujeto, es decir de la creatividad del actor social, a la que denominé *subjetivación*. El sujeto se afirma de dos maneras complementarias y opuestas. De un lado, es libertad, trastocamiento de determinismos sociales y creación personal y colectiva de la sociedad; del otro, resistencia del ser natural y cultural al poder que dirige la racionalización. Es individualidad y sexualidad, familia y grupo social, memoria nacional o cultural, pertenencia religiosa, moral o étnica. Ya subrayé aquí que la mayor amenaza que pesa sobre el mundo actual es su desgarramiento entre el mundo de la instrumentalidad y el de las identidades, entre los cuales se vacía el espacio de la libertad. Pero ahora es preciso invertir esta visión pesimista y recordar que la modernidad estuvo constantemente marcada por la búsqueda de la complementariedad, de la asociación de la racionalización, la libertad y la identidad”⁷².

Fomentar en consecuencia un ideal democrático como orden de conflicto o, dicho de otro modo, como método para el procesamiento de conflictos supone encuadrar la suma de voluntades individuales en grupos o colectivos que puedan representar al mayor número de agentes participantes y con una pluralidad de intereses y puntos de vista sobre la organización social y política de la comunidad o sociedad a la que pertenecen. Esto se lo

⁷¹ Cfr. Voto particular del juez Louis Brandeis, en: Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, caso *Whitney v. California*, resuelto en 1927.

⁷² TOURAINE, A.; *¿Qué es la democracia?...*, *op.cit.*, pp. 204-205.

puede canalizar a través de los partidos políticos, movimientos sociales y organizaciones de la sociedad civil que establezcan una transición de la voluntad general; es decir, que la voluntad general no sea tomada como el acuerdo de la mayoría sino como el resultado de un diálogo abierto, plural y deliberativo. En efecto, “la voluntad general, si no ha de expresar el interés de un único grupo, sólo puede ser el resultado de tales oposiciones, una transacción entre intereses opuestos. La división del pueblo en partidos políticos es de hecho una organización necesaria para llevar a cabo esas transacciones, de modo que la voluntad general pueda moverse en el medio”⁷³.

La definición más trivial de proceso democrático supone que en éste “las decisiones implementadas por los gobiernos reflejan, corresponden o tienen alguna otra relación de proximidad con las preferencias de los ciudadanos”⁷⁴. Si es que no se toman en cuenta dichas preferencias, puntos de vista e interés plurales y diversos, se derrumba el proceso democrático. La deliberación de por sí parte de un orden conflictivo, y justamente el proceso democrático deliberativo lo que busca es llegar a acuerdos mediante la negociación pero respetando de inicio la disidencia, lo que implica que tanto las mayorías como las minorías acaben entendiéndose recíprocamente. Si no se da esa reciprocidad se puede dar paso a la resistencia para corregir y reformular el proceso democrático.

Un buen proceso democrático que llega a consensos o acuerdos pero desde el disenso y que lo que busca es crear resultados positivos para todos los miembros de una comunidad política (solucionando los conflictos y diferentes posturas y puntos de vista), debe reunir cuatro axiomas que le dan legitimidad y valor a la participación dialógica y deliberante desde lo sustancial. Estos cuatro axiomas, en palabras de Kenneth May, son: “a) *Igualdad-anonimato*: Todos los individuos tienen el mismo peso en la decisión de la colectividad. Puede mantenerse en el anonimato una persona que ha decidido cambiar su preferencia, lo que no implica alteración en la decisión colectiva original; b) *Neutralidad*: Implica que no se debe favorecer ninguna opción independientemente de las preferencias individuales y tampoco desmerecer o desfavorecer las otras; c) *Decisividad*: Una decisión colectiva es decisiva si, cuando se aplica, la comunidad sabe qué hacer y se contó con la anuencia de mayorías y minorías; y, d) *Responsividad*: Implica que una preferencia individual puede

⁷³ Kelsen, H.; *La Démocratie. Sa Nature – Sa Valeur*, trad. al francés de Charles Eisenmann, París, Recueil Sirey, 1932, p. 34.

⁷⁴ Przeworski, A.; *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010, p. 84.

mantener la misma preferencia colectiva o alterar mediante la deliberación una idea preestablecida o condicionada a ser preferente”⁷⁵.

1.1.5 LA POLÍTICA CONSTRUCTIVISTA COMO ARTE DE LO POSIBLE EN EL DIÁLOGO DEMOCRÁTICO Y LA RAZÓN PÚBLICA

La deliberación comunicativa sólida; aquélla que se presenta como el espacio conjunto entre interlocutores con diversos intereses, puntos de vista, criterios y posiciones es la que consigue la efectividad del constructivismo para la construcción de una razón pública pluralista y un diálogo democrático incluyente. La lógica de la política constructivista opera en el sentido de fundar un procedimiento tendiente a “[...] la constitución de una objetividad normativa (esto es, constructa, no descriptiva) mediante la interacción lingüística y social de un grupo de discusión que delibera cooperativamente bajo condiciones selectas de competencia e imparcialidad en los interlocutores. El objetivo no es otro que el logro de una objetividad autónoma, en cuanto expresión de la propia autonomía de la razón práctica o simplemente de la autonomía racional y razonable de las personas. Es decir, se trata de construir una normatividad objetiva a partir de la interacción discursiva de una comunidad (y no sólo un contexto) racional y razonable, formada por sujetos competentes e imparciales dispuestos a cooperar comunicativamente, y no sólo estratégicamente, en la empresa de resolver, o al menos intentar una solución del conflicto de intereses o del dilema práctico planteado”⁷⁶.

La pérdida de identidad y participación de la comunidad política y el poco constructivismo deliberativo y social terminan por excluir al hombre de la humanidad y admitir que dicha comunidad juega con muy poca ética pero admite pasiones y conductas sociales y políticas cambiantes⁷⁷. Por tanto, la política constructivista pretende evitar dicha problemática mediante la implementación y activación de un sistema “[...] de expectativas y de reconocimientos recíprocos entre los diversos actores, en el que nadie tiene la verdad absoluta y esta es el resultado, siempre relativo, del intercambio democrático entre distintos. El desarrollo de una “cultura de solidaridad de procedimientos” da legitimidad al comportamiento de los actores en el conflicto o en el acuerdo”⁷⁸. Además, dichos procedimientos no son sólo –o no pueden ser solamente vistos– como actos en sentido

⁷⁵ MAY, K.; “A set of independent necessary and sufficient conditions for simply majority decision”, en: *Econometrica Journal*, No. 20, 1952, pp. 680-684, 682.

⁷⁶ RUBIO CARRACEDO, J.; “Constructivismo y Democracia”, artículo publicado en: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 73, julio-septiembre, 1991, pp. 57-82, 58-59.

⁷⁷ Cfr. ARENDT, H.; *La condición humana*, trad. de Ramón Gil Novales, Barcelona, Paidós, 2005, p. 209.

⁷⁸ CALDERÓN, F.; *La protesta social...*, op.cit., pp. 32-33.

puramente formal, puesto que son también “[...] formas de interacción política que suponen reciprocidad entre los involucrados en la relación de poder. [...] El constructivismo simbólico de la política respeta las diferencias, pero también permite construir nuevas identidades y opciones”⁷⁹.

1.2 DEMOCRACIA Y PODER. ¿LEGITIMIDAD Y OBEDIENCIA?

Al hablar de la obediencia a las leyes por parte de los agentes sociales participantes dentro de una comunidad política –llámese ésta sociedad o arenga social– y dentro de la organización administrativa y política del Estado, Eusebio Fernández García en su obra *La obediencia al Derecho* menciona que “existe una obligación jurídica de acatar las leyes ya que la mera existencia de éstas imponen sobre sus destinatarios esa obligación. La única razón, por tanto, a favor de la obligación jurídica es ésta”⁸⁰, y agrega a su vez, que puede que existan cuestiones normativas que se pretendan considerarse como universales y que por tanto traen consigo una obligación de carácter moral. Dicha obligación moral, “[...] es la que se origina en la conciencia moral, autónoma y voluntaria, y se debe a consideraciones morales, es decir, consideraciones no egoístas que una persona en su actuación <<estaría dispuesta a hacer valer universalmente y que, para ella, son más importantes que cualquiera otras consideraciones igualmente universales>>”⁸¹.

Al combinarse ambas obligaciones, forman una de tipo político que es quizá la más importante al momento de hablar de la relación entre ciudadanía y democracia y entre poder y participación. “[...] La obligación política tiene algo de las dos anteriores [de la obligación jurídica y de la obligación moral]. De la primera, porque la obligación política se centra en la obligación de obedecer a las leyes; de la segunda, y en ello se distingue de la obligación legal de obedecer a las leyes, por su motivación moral”⁸². Pero, la obligación política puede volverse compleja dada su propia naturaleza, pues intrínsecamente lleva consigo una conexión directa con el sistema político al que puede seguir o pretender reformular, pues la obediencia a la ley supondría más una obligación moral que una legal, dado que el acto de obedecer una ley tendría que estar contenido en otra ley que diga qué es lo que se debe obedecer. Es decir, que si la obligación de obedecer fuese sólo legal, muy

⁷⁹ PIZZORNO, A.; “Sistema social y clase política”, en: PIZZORNO, A.; MARUCCO, D.; SCOPPOLA, P., et.al., *Historia de las ideas políticas, económicas y sociales*, trad. de Eduardo Molina y Vedia, México D.F., Folios, 1984, p. 168.

⁸⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, p. 59.

⁸¹ Ibidem., pp. 59-60. Vid., además, SINGER, P.; *Democracy and disobedience*, Oxford, Oxford University Press, 1973. Del mismo autor existe una versión traducida al español: SINGER, P.; *Democracia y Desobediencia*, trad. de Marta I. Gustavino, Barcelona, Ariel, 1985, p. 11.

⁸² FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; *La obediencia al Derecho...*, op.cit., p. 60.

poco valdría la interpretación constitucional de los propios derechos y de las normas, y no habría influencia de éstos y de aquéllas en los mecanismos de control de la actuación de los poderes e instituciones. En todo caso, la presencia de derechos fundamentales en un ordenamiento desarrolla unos efectos condicionantes que van más allá de la estructura normativa del mismo y que afectan de lleno a la articulación de los poderes que interactúan en el seno de ese ordenamiento. Esos efectos son consecuencia del alcance de la dimensión limitadora de los derechos y se traducen en última instancia en la puesta en marcha de mecanismos de control de la actuación de los poderes y de las instituciones, en cuya cúspide se sitúan los referidos al control de constitucionalidad. Y es que, al final, la defensa de los derechos fundamentales es la defensa de la Constitución, y en esa defensa de la Constitución puede y debe activarse el derecho de resistencia.

De esa manera, “[...] la obligación política es mucho más compleja que las anteriores [obligación jurídica y obligación moral] por su propia naturaleza. En primer lugar, porque <<Nuestra obligación fundamental de obedecer a la ley es una obligación moral y no una obligación legal. No puede ser una obligación legal porque esto nos llevaría de regreso al infinito. [...] En segundo lugar, y como consecuencia de lo precedente, porque la obligación política es una forma o tipo peculiar de obligación moral. Se trata de las razones morales para obedecer al Derecho, pero conectadas estrechamente con el sistema político. [...] La obligación política presupone la vida en sociedad, la convivencia política y la necesidad de leyes y de una autoridad que las mantenga”⁸³. En efecto, esa apreciación respecto a la obligación política da a entender que dentro de una sociedad o comunidad política cualquiera, la obediencia no puede ser el simple resultado de someter al individuo a acatar tal o cual cosa a la fuerza, sino que debe basarse en un proceso democrático de deliberación que finalmente acabe en el consenso, puesto que allí en la participación pública y social está la respuesta del ciudadano frente al poder.

Alessandro Passerin D’Entrèves, por ejemplo, señala que: “<<Con expresión moderna podríamos decir que la primera característica de la obligación política es la de presuponer una sociedad ‘libre’ y ‘abierta’: libre en el sentido de que el comportamiento de sus miembros deba ser considerado, al menos en hipótesis, como un comportamiento autónomo; abierta en el sentido de que deba ser posible a sus miembros, bajo ciertas condiciones, apartarse o disociarse de la misma”⁸⁴. Consecuentemente, el interés que suscita la obligación política para la democracia deliberativa se centra en ver que ésta es una

⁸³ Ibidem., pp. 60-61.

⁸⁴ PASSERIN D’ENTRÈVES, A.; “Legitimidad y resistencia”, trad. de Manuel Atienza, artículo publicado en: *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, No. 13, Madrid, abril, 1976, p. 27.

obligación que asocia el intersubjetivismo (suma de voluntades individuales) con la diversidad (colectividad) para acercar la razón pública hacia la unidad en la diversidad, lo que genera que esta obligación pueda tener transformaciones en cuanto a su exigencia política, pública y social y que no es estática ni absoluta en el tiempo. De allí que “otro punto de interés para añadir a la consideración del concepto de obligación política es que no se trata de obligaciones absolutas, pues pueden existir, en momentos y circunstancias determinadas, razones morales de mayor peso a favor de la resistencia a las leyes que a favor de su obediencia. [...] Hay [por tanto] formas de resistencia que no rechazan el orden constituido de una sociedad política libre y abierta, como son la obediencia pasiva, la objeción de conciencia y la desobediencia civil y formas de resistencia como la resistencia pasiva, la activa y la acción revolucionaria, que implican una actitud de ruptura con el sistema vigente y en relación con el cual ni siquiera tiene sentido plantearse si hay incumplimiento de la obligación política porque ésta nunca puede existir”⁸⁵.

1.3 RESISITIR AL DERECHO Y AL PODER

Cuando existe una *hostilidad generalizada*⁸⁶ en una comunidad política que termina por mantener aisladas y sin voz a las minorías dentro de la esfera pública y social y que incluso amenaza con su estabilidad en la esfera privada opera la resistencia. Si esta hostilidad generalizada “[...] engloba a un conjunto de personas contra la que existe una hostilidad generalizada en el seno de la sociedad y la ley perjudica a ese conjunto de personas, entonces dicha categoría es sospechosa”⁸⁷. Esto implica que se da un efecto autoemulador de dominación de un grupo sobre otro; generalmente, es la mayoría tiránica y monolítica que disfruta de los beneficios del poder y coloca en apremios a otros sectores de la sociedad, negándoles el acceso a la participación en asuntos de interés público e incluso su aporte en la toma de decisiones de interés nacional (que se supone debe ser siempre de interés general y colectivo). Por tanto, la resistencia al poder se da por esas prácticas autoemuladoras en las que las instituciones políticas y estatales actúan sometiendo las decisiones de un grupo mayoritario a otro e incluso utilizando el prejuicio como método para calificar a los individuos que no comparten una cierta idea o postura mayoritaria como

⁸⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; *La obediencia al Derecho...*, *op.cit.*, pp. 63-64. Vid., además, del mismo autor: FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, pp. 28 y ss.; y, Vid., también, ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; “El problema de la justificación de la desobediencia civil”, artículo publicado en: *Revista Mientras tanto*, No. 19, Barcelona, julio 1984, pp. 45 y ss.

⁸⁶ Respecto de esta categoría utilizada para referirse a las minorías y a los sin voz en una comunidad política, Vid., por ejemplo, ELY, J. H.; *Democracy and distrust*, 14ª ed., Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 153-154.

⁸⁷ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, p. 79.

los “disidentes provocadores” o los “opositores revoltosos”. También esas prácticas se utilizan como método para incluir en los órganos administrativos, legislativos o judiciales a personas mayormente representadas por una línea de pensamiento oficialista o que comparte las decisiones y posturas mayoritarias, excluyendo así a las minorías, a los disidentes que pasan a ser los “sin voz”.

La pregunta entonces es: ¿en qué dificulta esas prácticas a los intereses de los disidentes y de las minorías? ¿En estos casos es posible resistir frente al Derecho y frente al Poder? Si la respuesta es afirmativa, habrá que decir que en primer lugar se puede resistir al Derecho cuando éste es injusto y al Poder cuando éste es arbitrario y utilizar ese derecho como herramienta para la defensa de la Constitución, por una parte, y para acabar con la discriminación participativa y lograr la consecución de la libertad (autonomía individual) y de la igualdad política, por otra. Si es negativa, en cambio, habrá que justificar desde un positivismo formal y radical que toda norma es válida por el hecho de estar en vigencia dentro de un ordenamiento jurídico, y se denotará quizá una predilección por la objetividad legal pero que excluye la dimensión subjetiva de la ley (es decir excluye al benefactor de esa ley que es el ciudadano) y por ende complica la dimensión subjetiva de los derechos, pues las minorías afectadas por leyes abusivas e injustas se verían invisibilizadas y sin opción de tutela y de poder hacer declaraciones sociales respecto de la inconstitucionalidad de una norma o política pública.

En ese contexto, John Hart Ely, por ejemplo, menciona que existen dos componentes para considerar a una minoría o a la disidencia como aislada y sin voz: uno es de carácter político y otro es de carácter social⁸⁸. En ese sentido, “[...] el acceso a la representación política no elimina por sí solo este carácter aislado y sin voz, pues el prejuicio en cualquiera de sus formas puede constituir una barrera que impida percibir la coincidencia de intereses y, por consiguiente, imposibilite su integración con la mayoría”⁸⁹. Asimismo, “no basta, pues, con tener voz, sino que hay que tener perspectivas de participar en algún momento en la mayoría o de que las propuestas que cuenten con respaldo mayoritario incorporen los propios intereses. El prejuicio dificulta las alianzas con quienes se pueden tener intereses comunes, al perturbar la percepción de dicha comunidad de intereses. El aislamiento es, pues, resultado del perjuicio y, a su vez, la discriminación es resultado de ese aislamiento.

⁸⁸ Cfr. ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; *La Constitución como proceso...*, *op.cit.*, p. 79. En dicha página el autor hace mención a las minorías aisladas y sin voz y comenta y analiza la postura de John Hart Ely respecto a ello.

⁸⁹ ELY, J. H.; *Democracy and distrust...*, *op.cit.*, p. 161.

El prejuicio dificulta que los intereses de determinadas minorías sean tenidos en cuenta a la hora de adoptar decisiones y, por consiguiente, genera un déficit de participación”⁹⁰.

De ese modo, el derecho de resistencia y la protesta social son útiles a la hora de defender la vigencia del sistema democrático y reformarlo para adecuar la deliberación dentro de las bases de un verdadero Estado Constitucional de derecho y configurar una política constructivista de integración sustancial de mayorías y minorías en todos los niveles de discusión pública y social. Eso genera más confianza entre gobernantes y gobernados y ubica al individuo y a la comunidad política en un entrelazamiento de dignidad y justicia y de unidad y diversidad. Ya lo dijo Rudolf Von Ihering: “[...] Resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral, es un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general. [...] La resistencia de un pueblo [empieza allí] en forma de rebelión, de levantamiento, de revolución contra actos arbitrarios, anticonstitucionales por parte del poder del Estado”⁹¹.

Esos actos de resistencia, -en mi criterio- implican una condición ética por mantener vigente las reglas de juego democrático, haciendo que exista una ponderación entre lo que se considera que es bueno para la comunidad política y lo que no y una determinación del valor justicia en todos los actos de los poderes públicos y del poder político. Esa determinación del valor justicia conseguirá que desde el control ciudadano se pongan frenos y contrapesos a decisiones arbitrarias y abusivas que pueden desembocar en leyes y políticas públicas que no cuentan con un proceso dotado de legitimidad democrática, pues en su adopción han invisibilizado las diversas opiniones y los diferentes puntos de vista de la discusión y el debate público.

La resistencia, por tanto, supone una oposición a lo arbitrario del poder (ese es su carácter externo y social) y, a su vez, un mecanismo de corrección democrática y de proceso institucional de cambio (ese es su carácter interno y procedimental) mediante el cual se busca que el Derecho sirva de instrumento para controlar al Poder. Esa relación entre derecho y poder tiene que estar dada por pautas de organización social y política en que ambas categorías tengan coordinación en la formulación de un verdadero Estado de Derecho. La identificación de la validez de normas y políticas públicas en el ordenamiento

⁹⁰ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; *La Constitución como proceso...*, op.cit., pp. 79-80.

⁹¹ VON IHERING, R.; *La lucha por el Derecho*, trad. de Diego A. De Santillán, México D.F., Cajica, 1957, p. 57.

de una determinada comunidad política y social vendrá dada por la capacidad del Derecho de controlar y frenar al Poder creado por este.

Tal efectividad en el control al ejercicio del poder político supone hablar de institucionalidad, y cuando mayor es la institucionalidad y el funcionamiento descentralizado del poder (divido o separado en funciones que ejercen control y limitación unas a otras), mayor es el nivel de rigurosidad democrática en un sistema político. Si el panorama no es el efectivo y óptimo para la realización democrática e institucional de una comunidad social, entonces caben las posibilidades de desobedecer el Derecho con la finalidad de encauzarlo nuevamente dentro de las reglas de juego democrático.

1.3.1 POSIBILIDADES DE DESOBEDECER EL DERECHO

Si se afirma que la obediencia jurídica no constituye sí misma una obligación de carácter ético, entonces sí se puede sostener la posibilidad de resistir frente a leyes o actos u omisiones del poder público que pongan en peligro la estabilidad del sistema democrático. El profesor Felipe González Vicén, por ejemplo, señala que “no hay obligación en sentido ético de obediencia al Derecho. Ni por su estructura formal ni por sus contenidos materiales el Derecho puede fundamentar éticamente la exigencia de su cumplimiento. [...] La obligatoriedad ética no se encuentra en los órdenes sociales, sino sólo en la autonomía de la individualidad moral, es decir, en los imperativos de la conciencia. [...] Mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia”⁹².

Pero, contrario a la postura de González Vicén, el profesor Elías Díaz mantiene una tesis por medio de la cual sostiene que “[...] sí puede haber un fundamento ético tanto para la obediencia como para la desobediencia al Derecho, derivado de la concordancia o discrepancia de fondo entre normas jurídicas y normas éticas. La ética, como se dice más tarde, suministraría razones y justificación tanto para la obediencia a unas normas jurídicas como para la desobediencia a otras. En ambos casos el papel superior de la conciencia ética individual <<como instancia crítica del Derecho>> queda a salvo. Más concretamente: se puede fundar éticamente la desobediencia a un Derecho que niegue la libertad, pero también puede haber un fundamento ético para obedecer o más fundamento ético para obedecer que para desobedecer en el caso de un Derecho que la garantice”⁹³.

⁹² GONZÁLEZ VICÉN, F.; “La obediencia al Derecho”, en: GONZÁLEZ VICÉN, F.; *Estudios de Filosofía del Derecho*, Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 365-398.

⁹³ DÍAZ, E.; *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate, 1984, pp. 79-80.

La obediencia se da entonces bajo criterios de conciencia moral individual, y jurídicamente se ejerce cuando la norma realmente garantiza la efectividad en el goce y ejercicio de un derecho, de lo contrario existen posibilidades para poder desobedecer a esa norma que lo conculca. Se ha matizado, – y concuerdo con la postura de Elías Díaz más que con la del profesor González Vicén– por consiguiente, que “desde luego que hay y puede haber razones éticas para desobedecer al Derecho, incluso al creado por las mayorías, cuando en cuestiones serias aquél choca de verdad con el dictamen de la conciencia, se entiende de la conciencia de cada cual; en esos casos, no es ya que uno pueda, es que debe (por imperativo ético) desobedecer al Derecho; pero, junto a ello, pienso que hay y puede haber también razones éticas para obedecerlo, y ello no sólo en el caso preminente de perfecta concordancia con las normas morales de uno mismo”⁹⁴. Esa desobediencia puede ser, incluso, de carácter civil.

1.3.2. LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA CUESTIÓN POLÍTICA

Al decir que la democracia junto a la política constructivista consisten en el arte de reactivar la participación ciudadana y unificar a las mayorías y minorías dentro de un mismo espacio público de debate deliberativo, se está también configurando una obligación de “hacer” que todo sistema democrático debe cumplir y todo Estado Constitucional de Derecho garantizar. Y es que, correlativamente, como menciona la profesora María Paulina Araujo Granda, “[...] la democracia consiste en “hacer”, por tanto hay que poner énfasis en la necesidad de que los ciudadanos sean proactivos, críticos y analíticos, que tengan claro que una democracia perfecta es imposible de lograr; pero con una reflexión de los requerimientos mínimos, se podría suponer que todos estamos comprometidos en identificar las amenazas que se puedan percibir para este sistema de gobierno, se debe pensar en los retos que presentan estas amenazas, y en la forma en que se los puede manejar a nivel de la sociedad. Es muy importante que los ciudadanos tengan la oportunidad de reflexionar sobre sus tareas personales como agentes de cambio”⁹⁵.

Con seguridad, muchos se preguntarán: ¿cuál es la incidencia de la desobediencia civil en un sistema político y democrático? ¿Cómo trastoca la cuestión política a esta figura o forma de resistencia y desobediencia al Derecho y al Poder? y la respuesta está dada bajo el

⁹⁴ DÍAZ, E.; “La justificación de la democracia”, artículo publicado en: *Revista Sistema*, No. 66, Madrid, mayo de 1985, p. 8.

⁹⁵ ARAUJO GRANDA, M. P.; *La desobediencia civil. Análisis político y penal: Caso ETA*, Quito, Cevallos editora jurídica, 2007, p. 52.

fenómeno que se conoce como *tecnificación de la política*⁹⁶. Esto implica, a su vez, que “[...] cada más se palpa la legitimación de la autoridad por el conocimiento. Por ejemplo, la existencia de instituciones de carácter tecnocrático, que son las que deciden en última instancia el contenido de un derecho y cómo se aplicará el mismo a la sociedad, indica una manifiesta necesidad de profesionales del Derecho y juristas en este campo, como los únicos entendidos y legitimados para dotar de contenido y forma a las normas de conducta, lo que pone en entredicho el ejercicio real de la soberanía popular, jugando un papel muy importante la desobediencia civil, ya que ella permite contrastar una decisión que emane, por decir, del Tribunal Constitucional, para que se tomen en cuenta aspectos materiales en el ámbito de lo social y comunitario, y se reflejen en la elaboración formal de las normas aceptadas, por la función estatal respectiva. El desobediente civil así permite, que el conocimiento jurídico no sea un limitante, sino que se apoye en el sentir crítico y valorativo del pueblo, de este modo, se producirá una saludable pugna sobre quién ha de ejercer el poder soberano, que quizá hiciera un poco más verosímil el axioma democrático de la soberanía popular”⁹⁷.

El robustecimiento del sistema democrático y la defensa de la Constitución pueden lograrse, perfecta y oportunamente, a través de la desobediencia civil, como un acto no violento que pretende reformular ciertos aspectos que degeneran la participación y la misma democracia, como pueden ser la corrupción política, por un lado; y, el abuso del poder, por otro. En efecto, la desobediencia civil logra ese cometimiento ya que “[...] al ser una vía no convencional de participación ciudadana se caracteriza por ser un mecanismo por el cual el sistema, cuando presenta deficiencias y limitaciones en su estructura y en sus vías de expresión popular, permite la manifestación de importantes sectores de la opinión pública, que generarán mejores oportunidades y la satisfacción de un mayor número de necesidades”⁹⁸.

1.3.2.1 JUSTIFICACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

La recurrencia a la desobediencia civil como una herramienta para la reconfiguración del sistema democrático por parte de los agentes sociales disidentes en una comunidad

⁹⁶ La profesora Araujo Granda –respecto al término *tecnificación de la política*– menciona que: <<Aquí nos referimos a lo que la doctrina llama “tecnocracia”, que además de Platón, fue considerada el modo ideal de gobierno por numerosos representantes de la Ilustración - Le Mercier de la Rivière, Saint-Simon, etc. Posteriormente, durante el paso del siglo XIX al XX y relacionado con el auge del pesimismo y del paulatino abandono de la idea de progreso por el pensamiento occidental, esta idea de gobierno empezó a dejar de ser un arquetipo>>, en: ARAUJO GRANDA, M. P.; *La desobediencia civil...*, op.cit., p. 53.

⁹⁷ ARAUJO GRANDA, M. P.; *La desobediencia civil...*, op.cit., p. 53-54.

⁹⁸ *Ibidem.*, p. 55.

política supone el ejercicio de la protesta social mediante actos de carácter abierto y público. Y deben ser –los actos de la protesta social que emanan de la desobediencia civil– abiertos y públicos, puesto que “[...] en primer lugar, porque se ejecutan tratando de llegar a los más amplios estratos de la sociedad. En segundo lugar, porque al constituir una apelación para que la mayoría gubernamental reconsidere sus decisiones deberán hacerse de tal manera que posibilite el conocimiento de las pretensiones políticas y morales de los disidentes”⁹⁹. Esa publicidad en normar un cambio o tratar de cambiar la normativización que impide que el sistema político y democrático funcione adecuadamente, instituye un elemento esencial en la desobediencia civil, pues el simple hecho de evadir una ley atendiendo a las consideraciones individuales y morales de la conciencia, no constituye en sí mismo un acto de desobediencia civil¹⁰⁰.

Bajo esas consideraciones, la desobediencia civil puede ser entendida como “[...] el acto de quebrantamiento consciente e intencional, público y colectivo de una norma jurídica, utilizando normalmente medios pacíficos, apelando a principios éticos, con aceptación voluntaria de las sanciones y con fines innovadores”¹⁰¹. De esa manera, para justificar la figura de la desobediencia civil y comprender los elementos que ésta entraña al ser aplicada por los disidentes dentro de una comunidad política, la profesora María José Falcón y Tello, por ejemplo, menciona que la desobediencia civil “es un acto con pretensiones de legitimidad (en el plano de los valores), de carácter ilícito, si bien dentro del sistema democrático (en el plano de las normas), que busca la eficacia de sus fines a través de distintos medios (en el plano de los hechos)”¹⁰². En esas tres dimensiones de las que habla la profesora Falcón y Tello, se puede realizar una evocación respecto del *para qué* se desobedece y se manifiesta, del *contra qué* se dirige la desobediencia o protesta, y del *cómo* se ejerce dicha desobediencia y protesta.

En el plano de los valores, “[...] la desobediencia civil, se configura como un acto con pretensiones de legitimidad, lo cual se concreta en dos aspectos: su carácter, en cuanto acto moral, consciente e intencional; y su apelación a principios éticos”¹⁰³. En esto reside el *para qué* de la desobediencia civil. Por otra parte, en el plano de las normas, la desobediencia civil “[...] se mueve entre el disenso y el consenso. Manifestación del disenso es el carácter

⁹⁹ MALEM SEÑA, J. F.; *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 62.

¹⁰⁰ Cfr. DREIER, R.; “Derecho y Moral”, en: GARZÓN VALDÉS, E. (comp.); *Derecho y Filosofía*, México D.F., Alfa, 1985, p. 99.

¹⁰¹ FALCÓN Y TELLA, M. J.; *El ciudadano frente a la Ley*, Buenos Aires, Madrid, Ciudad Argentina, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2004, pp. 17-18.

¹⁰² FALCÓN Y TELLA, M. J.; *La desobediencia civil*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 28.

¹⁰³ *Ibidem*.

de acto ilegal de la desobediencia civil, acto que tiene como objeto la infracción de normas jurídicas, y que puede poseer, en cuanto a la forma de la infracción, tanto carácter directo como indirecto. Manifestación del consenso es el carácter de la desobediencia civil como acto dentro del sistema democrático, lo cual se plasma en una serie de notas como son: la en principio aceptación voluntaria de las sanciones; su carácter de último recurso; su nota de excepcionalidad; y el carácter responsable de la desobediencia civil, del que es expresión la regla del menor coste posible y la proporcionalidad de la protesta”¹⁰⁴. Allí se encuentra la explicación respecto de *contra qué* se dirige la desobediencia civil. Por último, en el plano de los hechos, “[...] la desobediencia civil se manifiesta como un acto político cívico, que busca eficacia”¹⁰⁵. Encontramos en esa última elucidación la respuesta al *cómo* se ejerce la desobediencia civil, es decir, a su valor empírico.

Respecto de esas tres dimensiones que marcan la justificación de la desobediencia civil, además, existen –a criterio de la profesora María Paulina Araujo Granda– varios enfoques complementarios. En el plano axiológico o de valores (el *para qué* se desobedece), “[...] no hay que considerar tan sólo un criterio moral, individualista, sino todos y cada uno de los aspectos que la fundamentan, verla como una protesta voluntaria del ciudadano que no se siente representado en un Estado, y busca que sus derechos y libertades sean respetados, para que con su voz crítica se puedan reconsiderar ciertas actuaciones de las autoridades, pero la objeción debe ser consciente, no guiada sólo por una “voz interior” que dictamine lo que hay que hacer o no, ya que esto sería quedarse en datos que no implican ningún proceso racional, siendo tan sólo una explicación psicológica; lo que se pretende es que el ciudadano explicita en sus actos un pensamiento serio, que realice consideraciones críticas, que unido a factores morales relevantes y generalmente aceptados, deje de lado deseos egoístas o actos impulsivos”¹⁰⁶.

En el plano de las normas jurídicas (el *contra qué* se dirige la desobediencia y la protesta), “[...] la mayoría de la doctrina no duda en afirmar que la conducta es ilegal. Esto es claro y evidente, ya que se dirige contra una norma generalmente vinculante y obligatoria, que ha emanado de autoridades competentes, aunque se considera que esa ilegalidad es *sui generis*, ya que se muestra un cierto respeto por el ordenamiento jurídico en su conjunto, originándose tan sólo un disenso concreto frente a una orden específica. [...] El quebrantamiento de la norma jurídica, [...] tiende a un no hacer lo que se ordena

¹⁰⁴ Ibidem., pp. 28-29.

¹⁰⁵ Ibidem., p. 29. Vid., además, COFFIN, W. S.; LEIBMAN, M. I.; *Civil disobedience: aid or hindrance to justice?*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1972, p. 55.

¹⁰⁶ ARAUJO GRANDA, M. P.; *La desobediencia civil...*, op.cit., pp. 24-25.

más que a un hacer lo que está prohibido, es decir hay un mayor carácter omisivo que comisivo”¹⁰⁷.

En el plano empírico o de los hechos (el *cómo* se ejerce la desobediencia y la protesta), “[...] hay que ver que para que la desobediencia civil se configure, es necesario contar con una acción externa –positiva o negativa– del individuo. Este acto es un hecho que afecta al Derecho, pero no puede ser considerado un derecho como tal, ya que sería totalmente absurdo hablar de un derecho a desobedecer el Derecho”¹⁰⁸. Lo que se busca, entonces, con la puesta en marcha de la desobediencia civil por parte de los agentes sociales disidentes en una comunidad política es la generación de un cambio en el sistema democrático y de la eliminación de normas injustas en el ordenamiento que da conducción y estructura a ese sistema. Esto se pretende hacer mediante acciones de carácter público –con efectos positivos o negativos– que reivindiquen posturas y puntos de vista plurales y la inclusión de las minorías y los “sin voz” dentro del espacio público y social y frente a las decisiones de interés general, eliminando –por supuesto– a aquellas decisiones incongruentes que desde el poder político ponen en duda la representación y la continuidad del sistema democrático, además de la legitimación respecto a quién es (o debe ser) el verdadero soberano.

En otras palabras, lo que se espera por medio de la desobediencia civil, es que “[...] la reacción del grupo político dominante, sea la tolerancia. Hay que tener muy presente que los intereses del grupo desobediente no sean reconocidos en detrimento de otros intereses y aspiraciones justos de terceros, es decir, que no suponga una discriminación arbitraria, y que el reconocimiento de los intereses del grupo de protesta no origine una desenfrenada ola de peticiones en otros grupos sociales, a los que difícilmente el Estado podría atender”¹⁰⁹. Por ello, la justificación de la desobediencia civil recae en entender que esta forma de resistencia debe ser vista como “[...] una manifestación del régimen democrático de participación política ciudadana, que a través de conductas positivas o negativas de ciudadanos con un fuerte compromiso social, se constituye en una alternativa reivindicatoria de un grupo concreto, que defiende legítimamente una posición razonable, frente a la incongruencia de las decisiones del poder que están poniendo en entredicho la esperada representación. Esta institución se ve apoyada en el ejercicio de derechos y libertades fundamentales, justificada por la primacía de los principios o valores jurídicos

¹⁰⁷ Ibidem., pp. 27-28. Vid., además, FALCÓN Y TELLA, M. J.; *La desobediencia civil...*, op.cit., p. 40.

¹⁰⁸ ARAUJO GRANDA, M. P.; *La desobediencia civil...*, op.cit., p. 31.

¹⁰⁹ SORIANO, R.; *La desobediencia civil*, Barcelona, PPU Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, p. 194.

constitucionales y limitada por derechos y libertades de terceros, que al ser vulnerados, implicarían un costo mayor al beneficio que se pretende alcanzar con ella”¹¹⁰.

1.3.2.2 DESOBEDECER POR RAZONES DE CONCIENCIA

En toda desobediencia de carácter no violento, justificable en términos éticos o morales, se pueden presentar al menos tres conductas de resistencia diferentes: la desobediencia revolucionaria, la desobediencia civil y la objeción de conciencia. Se verá, a continuación, la tercera de ellas para diferenciarla de la desobediencia civil. Pese a que ambas formas de resistencia poseen características distintivas que las diferencian a priori una de otra, sí que se puede señalar que a posteriori ambas figuras pueden llegar a complementarse aunque mantuviesen sus características diferenciadas. Persistentemente, “[...] se considera la objeción de conciencia como una especie de manifestación de la desobediencia civil. No falta tampoco quien las concibe como fenómenos totalmente separados; pero seguramente más adecuada para aunar fineza teórica y realismo práctico es considerar que se trata de dos conceptos diferentes que en ocasiones son aplicables simultáneamente a una misma conducta. Una conducta puede ser a la vez objeción de conciencia y desobediencia civil, pero ni toda objeción de conciencia es también desobediencia civil, ni viceversa; son por tanto dos círculos secantes”¹¹¹.

El elemento de publicidad y de actuación pública que existe en la desobediencia civil es excluyente de la objeción de conciencia, pues en el primer caso existen criterios éticos y morales motivados por la participación política y ciudadana para generar un cambio frente a la resistencia a una ley que se considera injusta o arbitraria; mientras que, en el segundo caso, la motivación para objetar recae sobre una conducta de tipo individual, lo que implica que la voluntad del individuo que objeta la aplicación de una ley o norma por cuestiones de conciencia, lo hace desde un ámbito de carácter íntimo y privado. Consecuentemente, desde esa diferenciación en torno a la motivación, se puede colegir que “desobediencia civil es una violación de la ley motivada políticamente, dirigida o bien a contribuir directamente a cambiar una ley o una política pública, [mientras que] objeción de conciencia es una violación de la ley basada en que el agente tiene moralmente prohibido obedecerla, bien por

¹¹⁰ ARAUJO GRANDA, M. P.; *La desobediencia civil...*, op.cit., p. 33.

¹¹¹ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J.; “Sobre el concepto de objeción de conciencia”, artículo publicado en: *Revista Dereitto*, vol. III, No. 2, 1994, pp. 159-186, 166.

su carácter general [...], bien porque se extiende a ciertos casos que no debería cubrir [...]]”¹¹².

La objeción de conciencia, por tanto, supone un derecho fundamental de la persona, “[...] no pretende, como la desobediencia civil, una negación frontal de normas jurídicas, sino que alega una excepción de la aplicación de esas regulaciones para un caso concreto. No entra a cuestionar el contenido justo o no de las normas, más bien se orienta al campo de su aplicación”¹¹³. Este derecho fundamental se ejerce en el ámbito de la esfera íntima y privada; de la conciencia individual, subjetiva y autónoma, “[...] sin que se pueda representar o actuar en nombre de otro, ya que la pretendida excepción o aplicación de la ley, se fundamenta en aspectos individuales y subjetivos, es decir en dictados de conciencia de cada sujeto”¹¹⁴.

El derecho fundamental a la libertad de conciencia –de donde deriva, por tanto, la objeción de conciencia– tiene, entonces, una correlación directa en su aplicación con el derecho a la libertad de conciencia, lo que supone que dicha forma de resistencia está motivada por razones axiológicas más que psicológicas, políticas o sociales. De esa manera, su contenido es esencialmente o “[...] primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento, o incluso, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley que es contraria al imperativo ético”¹¹⁵.

Objetar en ese sentido y visto como una forma de resistencia a una ley que no respeta imperativos éticos o morales, íntimos y subjetivos de cada individuo, implica un “[...] razonamiento interno y propio del sujeto que lo lleva a mantener cierta convicción y por consiguiente cierta actitud frente a determinada situación, ley, orden de un superior jerárquico, etcétera; esta forma de pensar la ha descubierto a partir del conocimiento de valores , que bien le puede proporcionar una religión en particular o la vida misma; dichos valores los ha reflexionado, los ha entendido, está de acuerdo con ellos y por lo tanto los ha

¹¹² RAZ, J.; *The Authority of the Law. Essays on Law and Morality*, New York, New York Clarendon Press, 1983 (reimpr. 1ª ed. 1979), p. 263.

¹¹³ ARAUJO GRANDA, M. P.; *La desobediencia civil...*, *op.cit.*, p. 43

¹¹⁴ *Ibidem*. Vid., además, respecto de la objeción de conciencia: SORIANO, R.; “La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español”, artículo publicado en: *Revista de Estudios Políticos*, No. 58, 1987, pp. 61-110; y, SORIANO, R.; *La desobediencia civil...*, *op.cit.*, pp. 43-55.

¹¹⁵ NAVARRO VALLS, R.; MARTÍNEZ TORRÓN, J.; *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997, p. 14.

hecho propios”¹¹⁶. No entraña en ese sentido –la conducta de objetar– una actuación caprichosa, pues como se ha dicho “[...] surge de lo más íntimo del hombre debido a que emana de las convicciones religiosas de éste, de los dictados de su propia conciencia, de su ética, etcétera, de tal manera que no se puede pedir que actúe en contra de ellas”¹¹⁷.

La diferenciación, por tanto, entre desobediencia civil y objeción de conciencia radica –desde mi perspectiva– en que la primera implica un acto público y notorio que tiene o persigue un interés político dado por la sujeción a un cambio dentro de cierta norma o acto gubernamental que afecta derechos fundamentales, mientras que la segunda, implica la no aceptación en la adopción o aplicación de una ley por razones defendidas desde el derecho a la libertad de conciencia; lo cual podría verse *prima facie* como la “violación” a una orden de carácter administrativo o a una norma que emana del ordenamiento jurídico, pero que en función justamente de hacer prevalecer los contenidos éticos o morales de la conciencia del objetor, lo que se ve es que éste realiza esa negativa de aplicación de tal o cual normativa fundamentando la insumisión en razones morales o religiosas y no en fines de carácter político (que sí se encuentran vertidos en cambio en la desobediencia civil).

He allí entonces que la desobediencia civil adopta una postura de ética pública y al ser notoria y publicitada por una opinión insertada en el discurso colectivo (que parte, a su vez de la suma de voluntades individuales) y lo que busca es un cambio político y social que genere correctivos democráticos para el buen funcionamiento del sistema político, mientras que la objeción de conciencia parte de una esfera más íntima y privada cuyo principio rector es la libertad de conciencia y en ésta no hay ningún interés o intento por hacer que tal o cual mayoría revea su postura o su decisión inconsulta con las minorías y en publicitar ese deseo de cambio a través de una masiva protesta social.

Más bien, la objeción de conciencia es meramente accidental, puesto que recae sobre los principios morales, éticos o religiosos de un determinado individuo que al convertirse en objetor lo que hace es oponerse a la aplicación de una norma u orden de carácter administrativo por considerar que trastoca o va en contra de sus principios morales. La oposición que ejerce el objetor recae como contrapeso a una medida que puede irse en contra de la libertad de conciencia, y es una forma de protesta mucho más íntima que desde la moralidad no puede ser ni reprochable ni censurable, puesto que ello degrada el orden social y termina desconfigurando a la democracia.

¹¹⁶ SOTO OBREGÓN, M. E.; *¿Testigos de Jehová vs. Símbolos patrios?*, México D.F., Plaza y Valdés, 2003, p. 55.

¹¹⁷ *Ibidem.*, p. 57.

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO 2. RESISTENCIA Y FORMAS DE CAMBIO POLÍTICO: LA PROTESTA SOCIAL COMO HERRAMIENTA DE CAUCE DEMOCRÁTICO Y DELIBERATIVO

“La necesidad del derecho de resistencia a la opresión se justifica porque los poderes tiránicos hacen la guerra sin declarar la guerra, suprimen de hecho las Constituciones sin derogarlas, mantienen los Parlamentos despojándoles de su esencia, desconocen todas las garantías y eliminan la personalidad humana”.

(Ángel Ossorio, *El alma de la toga*).

2.1 ASPECTOS GENERALES DE LA PROTESTA SOCIAL COMO DISCURSO POLÍTICO DEL CIUDADANO

La protesta social como discurso político puede tener una orientación o punto cardinal disímil que dependa de cada contexto social y de los diversos intereses de los individuos que buscan un cambio en la estructura de la organización social y política bajo la cual se supone están protegidos y amparados. Por ello, de forma habitual aunque no siempre, la protesta social “[...] constituye la única forma que ciertos grupos desventajados tienen para hacer oír sus reclamos frente a la vulneración de sus derechos fundamentales, situación que generalmente pasa desapercibida para la mayoría de la sociedad y ésta es una forma de hacerla visible. Aunque la protesta social también puede obedecer a razones menos cardinales, sin que ello, necesariamente, impacte en el ejercicio del derecho”¹¹⁸. Como discurso político del ciudadano, la protesta social tiene una dimensión individual y colectiva, puesto que cualquier individuo puede ejercer su conducta de desaprobación o reprobación frente a alguna política pública o norma injusta que se esté queriendo aplicar de manera arbitraria en un determinado sistema político, pero a su vez el peso que ésta tiene para lograr el cometido de un cambio en el sistema es de carácter colectivo, pues la suma de voluntades individuales con el propósito de normar el cambio del sistema político y democrático hacia la efectividad de un verdadero Estado de Derecho es lo que conlleva a resistir frente a actuaciones despóticas del poder político.

Cabe aquí, sin embargo, una precisión y aclaración: se habla de protesta social como discurso político de los ciudadanos, puesto que el derecho de resistencia y de protesta no es un derecho concebido ni para la Administración, ni para los políticos o sus partidos y movimientos que muchas veces osan de manera descarada de oponerse a todo lo que sus

¹¹⁸ BARALE, L. M.; “La protesta social y su criminalización. Los casos “Sandoval” y “Lafit” (2009)”, en: ROSSETTI, A.; ÁLVAREZ, M. I. (coord.); *Derecho de huelga y derecho a la protesta social. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2013, p. 369.

contendores proponen simplemente por tener posturas ideológicas contrarias, pero eso bajo ningún punto de vista es resistencia, eso simplemente es un bloqueo político investido de una negatividad democrática por buscar acuerdos y consensos desde la diferencia. Asimismo, también hay que aclarar que si bien el derecho de resistencia y como tal la protesta social parten de la suma de voluntades individuales, su carácter y esencia es meramente colectiva, puesto que hay que diferenciar el derecho de acción o tutela que tiene cada individuo de proponer un reclamo administrativo en sede administrativa o una demanda o denuncia en sede judicial para hacer valer sus derechos. La resistencia opera cuando ya ni siquiera se cuenta con la garantía individual de proponer acción administrativa o judicial y cuando no existe separación de poderes, fiscalización de la Administración ni garantías normativas o constitucionales.

Es ahí donde la suma de individuos conforma una sola voz que se levanta frente al abuso de poder y frente a la falta de institucionalidad y de derechos y libertades. El carácter colectivo de la protesta social toma fuerza con el propósito de normar un cambio en el sistema político y adecuarlo a las exigencias sociales y ciudadanas. De ahí que la brillantez de la protesta social, aunada al pensamiento pluralista con el cual varios agentes sociales recogen intereses múltiples y diversos que no han sido escuchados por el Estado, se ilustra por su conducción estratégica y por la capacidad de manejar varios problemas al mismo tiempo: la prevención de la dominación por un solo grupo o individuo, la capacidad de respuesta a los intereses y necesidades de los agentes sociales (individuos que reclaman al Estado la garantía de sus derechos y acceso a servicios básicos), y la prevención de conflictos que degeneren en guerras civiles o actos desenfrenados de ostracismo y extrema violencia.

Por tanto, la protesta social como discurso político entra en el juego del sistema político y pasa a enfrentar —en mi criterio— dos tipos de amenazas muy diferentes. La primera amenaza tiene que ver con el delicado equilibrio de la competencia entre agentes sociales en una comunidad política, mismo que será destruido por un grupo que temporalmente asciende en la escala social y gana terreno en el poder político y que va a utilizar su ascendencia en el poder para aplastar a sus competidores. La segunda amenaza, en cambio, tiene que ver con el estancamiento de los grupos de oposición y disidencia que no pueden vetar las decisiones injustas o arbitrarias desde la esfera pública y política y compensar el debate deliberativo a través de un sistema más participativo e incluyente. Sin esa capacidad compensatoria del poder y la participación, habrá un gobierno ineficaz que ha de llevar al descontento a un sector importante de individuos dentro de la comunidad

política, destruyendo la legitimidad y poniendo en peligro la estabilidad del sistema democrático existente.

El profesor William Gamson, por ejemplo, en su obra *The strategy of social protest* (que en español podría traducirse como *La estrategia y plan de acción de la protesta social*) propone ciertos mecanismos que la protesta debe buscar conseguir para corregir los defectos de una degeneración demagógica y populista en el sistema democrático y avanzar hacia una democracia sustancial más deliberativa y más participativa. Esos mecanismos son: a) *el consenso procedimental que toma como punto de partida el disenso*; b) *solidaridades transversales e intereses compartidos*; c) *acceso abierto a la arena política*; y, d) *el equilibrio del poder y el funcionamiento del diálogo democrático para el fortalecimiento compensatorio del disenso frente a decisiones mayoritarias abusivas y excluyentes*¹¹⁹.

Respecto del primer mecanismo (el consenso procedimental que toma como punto de partida el disenso), Gamson sostiene que “existe una cierta aceptación hacia la “cultura” de la democracia constitucional. Una democracia que opera dentro de las reglas, mismas que son generalmente justas, y que comprende que el disenso es la conducción hacia un resultado consensual que resuelva conflictos entre posturas que se oponen unas a otras. La decisión tomada al final será producto de un acuerdo que logre tomar lo mejor de cada postura, aunque no logre receptar la totalidad de las propuestas discutidas y debatidas y por tanto, en ese escenario consensual que no ha excluido el disenso, las derrotas en la toma de decisiones son aceptadas debido a la fuerte legitimidad de un consenso procedimental que parta del disenso unido al diálogo plural como forma de resolver los conflictos”¹²⁰.

Acercas del segundo mecanismo (solidaridades transversales e intereses compartidos), Gamson menciona que “los individuos suelen tener identificaciones y afiliaciones con grupos sociales a los que muestran su solidaridad en diferentes niveles por debajo del estamento total de la sociedad, ya sea por compartir intereses comunes o ideales que pueden dar lugar a la conformación de grupos primarios de acción colectiva y organización formal como: comunidades, grupos religiosos, grupos étnicos, clases sociales, y muchos otros unidos por una fuerza colectiva. En la protesta social, esas solidaridades o intereses compartidos se superponen en un reclamo colectivo común y se difumina su individualización que pasa a constituirse en una red colectiva y compleja de múltiples

¹¹⁹ Cfr. GAMSON, W.; *The strategy of social protest*, 2ª ed., Belmont, Wadsworth, 1990, pp. 5-7.

¹²⁰ GAMSON, W.; *The strategy...*, *op.cit.*, pp. 6-7.

pertenencias, necesidades, puntos de vista e intereses que unen a los individuos de un grupo con otro”¹²¹.

El tercer mecanismo (el acceso abierto a la arena política), es quizá el que más le preocupa a Gamson a la hora de hablar de democracia deliberativa y protesta social. El referido autor señala que a la hora de implementar la resistencia, “no hay barreras que puedan impedir que un grupo o colectivo logre conseguir ser escuchado en audiencia pública. Este mecanismo anima a los grupos o colectivos descontentos a traducir su descontento por medio de demandas políticas, lo que implica establecer y encontrar alianzas o socios dentro de la coalición con otros grupos poderosos, con la finalidad de crear reformas políticas que remedien las condiciones insatisfactorias”¹²².

A este respecto, Robert Dahl, menciona que el acceso libre a la discusión pública y política parte de un pacífico proceso democrático mediante el cual se pueden resolver conflictos –originados por diversas posturas, choques de culturas, etc.,– a través de la negociación, la conciliación y el compromiso ciudadano de todos los agentes sociales participantes en una comunidad política. Además, señala que no es de sorprenderse que los países con una larga trayectoria de ímpetu democrático y estabilidad organizativa, han sabido resolver toda clase de conflictos de índole política, social, cultural y hasta económica. Esto lo han hecho incluso existiendo al interior de su seno político, significativas diferencias culturales, morales o éticas de sus ciudadanos, lo que ha generado una inclusión pluralista y deliberativa a través del diálogo democrático que conlleva a una vida política dominada la mayor parte del tiempo por acuerdos consensuales que parten del reconocimiento a priori de las diferencias, es decir, del respeto a la libertad de disenso¹²³.

En ese sentido, Dahl entiende, además que “[...] incluso las minorías están provistas de oportunidades para vetar las decisiones a las que se oponen fuertemente y encontrar soluciones al conflicto, pues el consenso de todos será la ganancia en el largo plazo”¹²⁴. Y pensando aún más en la protesta social como discurso político, Dahl sostiene también que “son las mismas instituciones las que con su desempeño y actuación ofertan a las minorías organizadas, innumerables razones por las que luchar, aún ante el riesgo de la derrota política, o ante cualquier intento por dañar la coalición de oposición”¹²⁵.

¹²¹ Ibidem., p. 7.

¹²² Ibidem.

¹²³ Cfr. DAHL, R. A.; *La democracia*, trad. de Fernando Vallespin, Barcelona, Planeta, 2012, p. 73.

¹²⁴ DAHL, R. A.; *Pluralist democracy in the United States: Conflict and consent*, Chicago, Rand-McNally, 1967, p. 24.

¹²⁵ Ibidem., p. 329.

Finalmente, en cuanto al cuarto mecanismo (el equilibrio del poder y el funcionamiento del diálogo democrático para el fortalecimiento compensatorio del disenso frente a decisiones mayoritarias abusivas y excluyentes), Gamson argumenta que “hay un número suficientemente grande de grupos que ningún individuo o colectivo puede dominar. Las coaliciones son fluidas y no permanentes, y se forman más o menos *de novo* para cada asunto en particular o, al menos, para cada clase de cuestiones. Además, este mecanismo permite emitir grupos resistentes con diferentes posiciones políticas y sociales que han de conseguir que a través de diferentes maneras, los grupos que en la actualidad no forman parte de ninguna coalición lo sean como potenciales grupos reactivos en otras coaliciones sobre temas posteriores”¹²⁶. Frente a esto Dahl agregaría: “el poder mismo será domado, civilizado, controlado y limitado a los decentes propósitos humanos, mientras que la coerción, la forma más perversa de poder, será reducida al mínimo”¹²⁷.

2.1.1 LA PROTESTA SOCIAL COMO UN RECLAMO DE AUTORÍA (análisis de la evolución histórica que ha tenido el derecho penal y cómo nuevamente se está involucionando hacia la represión y segregación)

Resulta imprescindible concebir a la legitimidad como autoría si es que queremos situar a la protesta social como acto de reclamo que surge de requerimientos morales insatisfechos por parte de los agentes sociales reclamantes y disidentes con la forma en que se toman las decisiones públicas y políticas.

Esta idea se funda en la comprensión de que la legitimidad “[...] es el requerimiento moral que surge del carácter coactivo de las instituciones estatales. Además, [esa] concepción [...] considera que los ciudadanos no son autores del esquema institucional por alguna interacción que hayan realizado con relación a éste, sino por el rol en el que los ubica el esquema institucional mismo. El hecho de ser puestos en ese rol por el esquema institucional determina que las instituciones le sean imputables como *propias* y que, en consecuencia, queden *sujetos* a lo que en el seno de dichas instituciones —a través de los órganos estatales— se decida acerca de los asuntos colectivos”¹²⁸. El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, a su vez, señala que en los últimos lustros, “[...] como consecuencia de la crisis del modelo de Estado social (de bienestar o providente) que padece el mundo por las imposiciones de un creciente autoritarismo económico montado sobre la globalización (y en ocasiones confundido con ella), se producen protestas o reclamos públicos de derechos, que

¹²⁶ GAMSON, W.; *The strategy...*, *op.cit.*, p. 7.

¹²⁷ DAHL, R. A.; *Pluralist democracy...*, *op.cit.*, p. 24.

¹²⁸ SELEME, H. O.; “La protesta social como discurso político”, en: ROSSETTI, A.; ÁLVAREZ, M. I. (coord.); *Derecho de huelga...*, *op.cit.*, p. 344.

asumen diferentes formas generadoras de situaciones conflictivas de dispar intensidad. En nuestro medio han llamado especialmente la atención los reclamos mediante cortes de rutas y las manifestaciones y reuniones públicas que obstaculizan el tránsito vehicular”¹²⁹.

Para el derecho penal, entonces, la protesta social —en un principio— no era admisible que se tomara por las vías no institucionales, al considerarse que, a raíz de la abolición de los Estados monárquicos y despóticos, la consolidación del Estado de derecho marcaba una estructura de tipo “perfecto”; nace así la concepción —incluso liberal, en algunos casos— de que si el Estado de derecho es perfecto, entonces es incompatible que la protesta social sea ejercida por una vía no institucional, pues no tenía razón de ser. En términos históricos, el derecho penal recaía en un principio, sobre *teorías absolutas o clásicas* “[...] que fundamentan la sanción penal, miran en la pena un castigo por el daño causado, lo hacen con una notable finalidad de *retribución*, sea ésta divina (por la infracción a la ley de Dios), expiatoria (la pena como dolor y purificación) o moral (la pena responde a una necesidad moral); es decir que existe una compensación entre dos males, por un lado el delito y, por otro, la sanción que se impondrá al delincuente, es decir, al que adecúe su acción u omisión a un tipo específico”¹³⁰.

Ejemplos de resistencia y protesta social que podría decirse que fueron sancionados bajo una visión absolutista o clásica del castigo serían, por ejemplo: El hecho recogido en el libro del Génesis en la Biblia, en que se narra el destierro de Adán y Eva del paraíso por haber desobedecido y haberse resistido a los mandatos de Dios (es en sí mismo este hecho un acto de desobediencia y de resistencia y mereció un castigo); las ordalías o juicios de “Dios” para quemar a los “herejes” que sostenían tesis y visiones teológicas y científicas del mundo contrarias a las generales en las épocas del oscurantismo (otra clara evidencia de formas primitivas de resistencia y desobediencia); o la guillotina para sancionar a los rebeldes (otra forma absolutista de sanción contra quienes se rebelaban contra los Estados despóticos).

Posterior a ello, el derecho penal toma un revuelo con la aparición de *teorías preventivas, utilitarias o relativas* que dejan a un lado la retribución dada por la sanción al supuesto daño causado. Éstas no se refieren ya a la retribución vista como un elemento dado “[...] para garantizar externamente la eticidad cuando una acción contradiga objetivamente la misma, infiriéndose un dolor equivalente al injustamente producido; esta idea de

¹²⁹ ZAFFARONI, E. R.; “Derecho penal y protesta social”, en: ÁVILA SANTAMARÍA, R.; *Protesta social, libertad de expresión y derecho penal*, Serie Estudios Jurídicos – vol. 31, Quito, Corporación Editora Nacional, 2012, p. 13.

¹³⁰ ARAUJO GRANDA, M. P.; *La desobediencia civil...*, *op.cit.*, p. 74.

retribución conlleva necesariamente una idea central de reparación o, por último, de venganza, lo cual en última instancia ha servido para generar un principio de mínima proporcionalidad de la intervención punitiva, imponiendo los límites que debe observar el poder punitivo, contrarrestándole la irracionalidad del poder”¹³¹. Ejemplos en los que se utilizó la irracionalidad del poder: el fascismo liderado por Hitler en la Alemania Nazi y el de Mussolini en Italia (se imponían sanciones carentes de proporcionalidad y racionalidad y se sancionaba a disidentes contrarios a esos regímenes), el franquismo en España (penas desproporcionadas y sanciones sin ninguna proporcionalidad contra disidentes, resistentes y todo aquel que se impusiera a la dictadura). La limitación llegó luego y ya empezó a existir un contrapeso a la desproporción con que se sancionaba desde las esferas del poder aplicando el *ius puniendi*. Los juicios de Núremberg, por ejemplo, son una muestra de un juzgamiento mucho más proporcional y equilibrado.

Se encamina, después de ello, a la consolidación de un derecho penal ya no en sentido máximo sino que se apuesta por la mínima intervención penal y aparecen, por tanto, las *teorías de la prevención especial*, mismas que van encaminadas “[...] a actuar sobre los que ya han delinquido”¹³² y puede haber una prevención especial en sentido negativo “[...] que pretende que la pena neutralice los efectos de la clara inferioridad que presenta el delincuente, es decir, que el evidente mal que se le infiere al que comete un delito, es al mismo tiempo un bien y defensa del cuerpo social, ya que se neutraliza el peligro actual”¹³³. Pero, esa neutralización puede ser utilizada como coartada para justificar, por ejemplo, la criminalización de la protesta social y hacer creer que los disidentes o manifestantes son potenciales delincuentes que deben ser “neutralizados” de su mal proceder ante la sociedad por el riesgo que implica su actuación a la estabilidad del orden público y del Estado, con lo que se habilita la represión –militar y policial– en muchos casos, las detenciones arbitrarias, y los juzgamientos desproporcionados que establecen penas excesivas.

Esta teoría, por consiguiente es de carácter finalista, pues el delincuente es para el derecho penal el fin en sí mismo, y por ello también adopta una prevención especial de carácter positivo, “[...] en donde la pena cumple una función de mejoramiento del infractor, y es vista como un beneficio, ya que se defiende a la sociedad de la célula enferma que representa el delincuente, buscándose por ende su resocialización, reeducación y reinserción dentro de la sociedad, de la cual con su comportamiento, se excluyó. El Estado, se quiera o

¹³¹ Ibidem., pp. 74-75. Vid., además, ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A.; *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed. revisada, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 57, 71-73.

¹³² ARAUJO GRANDA, M. P.; *La desobediencia civil...*, op.cit., p. 77.

¹³³ Ibidem.

no, asume un papel de benefactor del delincuente, para su rehabilitación”¹³⁴. Un ejemplo de esto último podría ser el caso de desobedientes civiles que actúan de forma pacífica en un principio pero que luego terminan atentando contra intereses de terceros y generando violencia (caso ETA en España, por ejemplo), lo que significa que el Estado debe actuar y una vez que sanciona a los delincuentes busca un modo de reparación integral a las víctimas, la no impunidad y la reinserción de los infractores de la conducta penal a la sociedad.

Una vez explicadas la evolución histórica de las teorías punitivas del derecho penal, se podría plantear la siguiente pregunta: ¿el individuo que ejerce su derecho a la resistencia y que incluso acepta voluntariamente desobedecer una ley por considerarla injusta o abusiva, cae incuestionablemente en una acción delictiva o no? a lo que cabría responder argumentando que “[...] esta voluntariedad y conciencia del acto o de la inacción, se presenta en la desobediencia civil [y en la resistencia] sin duda alguna, ya que al ser ejercida por personas comprometidas con la sociedad, apelando a principios éticos, necesariamente requiere de una acción, un rechazo positivo o negativo a la norma considerada como contraria a principios básicos de convivencia social, pero se diferencia de la acción u omisión delictiva, precisamente en el ámbito de la culpabilidad, en lo que tiene que ver con la intención positiva de causar daño (dolo), aunque podríamos pensar que no excluye del todo a la imprudencia, entendida como la falta de cuidado o negligencia, que logra que se produzca un resultado aunque no se lo buscaba ni quería, aspecto que lo hemos tratado cuando nos referimos al elemento de la no violencia de la desobediencia civil, que muchas veces no es tajante, sino que se aceptan ciertas consecuencias violentas, aunque nunca a la violencia, como su razón de ser y de operar”¹³⁵. Sin embargo, lo que no se puede justificar es que los Estados regresen a establecer sanciones penales bajo teorías absolutas o de retribución, puesto que muchas veces escudan su actuación tras la trinchera del poder punitivo que se justifica en figuras penales como las de sabotaje y terrorismo, obstrucción de vías públicas e incluso desacato a la autoridad pública, aun cuando no existan los medios probatorios suficientes para justificar que las supuestas acciones delictivas caigan en esos tipos penales y en esas conductas, y tampoco se valora la intencionalidad del daño, la causalidad material producida y la culpabilidad.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem.*, pp. 84-85.

Ciertamente, en esos casos, el derecho “habla y castiga”, se vuelve criminalizador e imposibilita toda acción tendiente a implementar una verdadera justicia social –como diría– Antony Duff:

“si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos sólo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos”¹³⁶.

La protesta social, concomitantemente, y aunque algunos Estados quieran involucionar penalmente hablando, siempre es una conducta atípica. Para el profesor Zaffaroni, existe pues, “[...] una base general de libertad a la cual se sustraen solo unas pocas conductas, previamente identificadas en las leyes penales mediante los tipos penales que, en caso de no estar amparadas por ningún permiso especial (causa de justificación) constituyen injustos o ilícitos penales. La protesta que se mantiene dentro de los cauces institucionales no es más que el ejercicio regular de los derechos constitucionales e internacionales y, por ende, nunca pueden ser materia de los tipos penales, es decir, que no es concebible su prohibición penal”¹³⁷.

En efecto, “[...] el ejercicio del derecho de petición a las autoridades, la manifestación pública que lo ejerza, el público que se reúna para hacerlo, por más que por su número cause molestias, interrumpa con su paso o presencia la circulación de vehículos o de peatones, provoque ruidos molestos, deje caer panfletos que ensucian la calzada, etc., estará

¹³⁶ DUFF, A.; *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 195-196.

¹³⁷ ZAFFARONI, E. R.; “Derecho penal y protesta...”, *op.cit.*, p. 19.

ejerciendo un derecho legítimo en el estricto marco institucional. Queda claro que en estos supuestos las molestias, ruidos, suciedad o interrupción de la circulación se producen como consecuencia necesaria (un número de personas reunidos o transitando provoca interrupciones) o usual (usan bombos, estallan cohetes pequeños, arrojan panfletos, etc.) del número de participantes y de la necesidad de exteriorización del reclamo y durante el tiempo razonablemente necesario para exteriorizarlo (transitar por calles, pararse y escuchar discursos, cantar)”¹³⁸.

Se debe replantear, por tanto, la manera en que —en ciertos casos— el derecho habla imponiendo su fuerza, en el marco de un contexto dado por la desigualdad, la frustración social, la pobreza, la represión política y la poca deliberación; situaciones éstas que, evidentemente, vienen dadas por una profunda injusticia social que nos obliga a replantearnos el asunto sobre la necesidad de obediencia al derecho, y es su caso, sobre la legitimidad y validez de todas las normas, aun cuando aparentemente se muestren justas y terminen siendo lo contrario¹³⁹. Frente a esa situación, puede surgir incluso una forma de resistencia violenta denominada revolución. La dimensión *lato sensu* de la resistencia revolucionaria asocia esta expresión a la forma “[...] casi insoluble a una idea de cambio, de transformación estructural radical, de rechazo del vigente orden jurídico-político y de instauración de un *novus ordo*, llevada a cabo de una manera violenta y procelosa”¹⁴⁰. Empero, la revolución en *stricto sensu* no solamente implicaría en mi criterio una transformación del sistema político, o una sustitución de autoridades de gobierno, sino también un radicalismo en que se pretende crear un cambio desde la propia infracción al Derecho y bajo métodos o condicionamientos no institucionales. Esa forma de resistencia ejercida bajo una vía no institucional genera la imposición de un “nuevo” derecho infringiendo el derecho vigente, lo cual a mi juicio no arregla el problema de corregir el sistema que está corrompido y dotarlo de validez y eficacia democrática, por lo que la única manera es a través de la protesta social pacífica a través del disenso y la deliberación.

¹³⁸ Ibidem., pp. 19-20.

¹³⁹ Cfr. GARGARELLA, R.; “El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social”, artículo publicado en: *Revista Derechos y Libertades*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, No. 25, Época II, junio 2011, pp. 37-54, 39.

¹⁴⁰ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.; *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, pról. de Gurutz Jáuregui, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 175. Vid., además, FRIEDRICH, C. J.; *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, trad. de José Antonio González Casanova, Madrid, Tecnos, 1960, pp. 228-257; y, del mismo autor: FRIEDRICH, C. J.; “An introductory note on Revolution”, en: *Revolution (Nomos 8)*, Atherton Press, 1967, p. 5. En esa página, dicho autor sostiene que respecto a la legitimidad y obligación política: <<la revolución consiste en un repentino y violento derrocamiento de un orden político establecido>>.

Ahí surge la imperiosa necesidad de voltear nuestra mirada hacia la protesta social como ejercicio colectivo de la democracia deliberativa y la libertad de expresión, para corregir a través de una política constructivista los errores que degeneran en un sistema democrático poco participativo y deficiente.

2.1.2 CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA PROTESTA Y EL PLURALISMO ORGANIZATIVO EN DEMOCRACIA

Al plantear que las libertades son puntos fijos que permiten limitar las transacciones políticas y delimitar el ámbito de lo socialmente ventajoso, entonces se puede decir con absoluta certeza que éstas ocupan un lugar fundamental en la defensa del sistema democrático y ante la sistemática violación de los valores y principios sobre los que se edifica o se levanta el Estado de derecho. Esto da paso a que tanto la resistencia, como la desobediencia civil actúen como mecanismos organizativos y plurales dentro de una democracia para corregir los errores que provengan de una degeneración de ésta. Eso implica que la negación del derecho a manifestarse y exigir la garantía y promoción de derechos generaría una infracción respecto de la cooperación social que se puede dar entre individuos libres y racionales, lo cual se ve determinado por un principio de justicia que subyace en las instituciones que operan en un régimen constitucional. La justificación de la resistencia —en la que se enmarca la protesta social— y de la desobediencia civil descansa en la prioridad de la justicia y en las iguales libertades garantizadas por ésta a todos los agentes sociales participantes en una comunidad política¹⁴¹.

El pluralismo organizativo, entonces, es vital dentro del derecho de resistencia y la consecuente configuración de la protesta social, puesto que esta última no puede condicionar tampoco un autointerés como colectivo, sino que debe sumar otros intereses que puedan ayudar a la coalición por la que inicialmente se está luchando, de lo contrario se podría caer en el mismo juego que se critica cuando la mayoría lo decide todo; los disidentes tampoco pueden postular una mayoría como única legitimada para la reclamación de un derecho, puesto que más bien la protesta debe ser intercomunicativa, plural y desde diversos frentes —con distintas posturas e intereses— apoyar el cauce hacia un cambio en el sistema político y democrático. En palabras de John Rawls: “[...] Sin duda, como cuestión táctica la desobediencia civil [y la protesta social] es más eficaz cuando su apelación

¹⁴¹ Cfr. RAWLS, J.; *Justicia como equidad*, trad. de Miguel Ángel Rodilla, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 168.

coincide con otros intereses, pero un régimen constitucional a la larga no es viable sin una adhesión a principios de justicia”¹⁴².

2.1.2.1 LA LIBERACIÓN COGNITIVA DEL PROCESO DEMOCRÁTICO Y DELIBERATIVO (análisis de la transformación de la conciencia de los participantes potenciales en la acción colectiva)

El término *liberación cognitiva* fue descrito por primera vez por Doug McAdam, y se refiere a las transformaciones que se dan en las condiciones políticas y sociales dentro de un sistema democrático dado, y que “[...] son un impulso fundamental para el proceso de liberación cognitiva al provocar un cambio en el contenido simbólico de las relaciones sociales de defensores y críticos del sistema político. El hecho de que los primeros cambien de actitud hacia los segundos indica a todos los que están en contra del sistema que éste se está haciendo cada vez más vulnerable a sus ataques”¹⁴³. Por tanto, la liberación cognitiva bien puede definirse como “la transformación de la conciencia de los participantes potenciales en la acción colectiva”¹⁴⁴.

Esta liberación cognitiva se desarrolla también con la implementación de la política constructivista como herramienta para la construcción de una verdadera democracia deliberativa y participativa. De hecho, “en los posicionamientos constructivistas, la reacción y la colisión, concebidas como simples productos de la construcción social, vuelven a pasar a un segundo plano. En el primer plano, la interacción de la sociedad civil se ve nuevamente reducida, como en las teorías de la movilización de recursos, a una simple acción propositiva. Sin embargo, en lugar de responder únicamente a una deliberación racional y a un cálculo estratégico, esta vez la acción movilizadora implica también previamente, como “potenciales de movilización”, una “demanda” y una “oferta” de “participación”, una “formación” y una “movilización de consenso como la expresión a posteriori de la expresión de varios intereses y disensos”, así como una construcción social indisociable de tal consenso y de tal participación”¹⁴⁵.

¹⁴² RAWLS, J.; *Justicia como equidad...*, op.cit., p. 7.

¹⁴³ MCADAM, D.; *Political process and the development of black insurgency*, 2ª ed., Chicago, University of Chicago Press, 1999, p. 51.

¹⁴⁴ MCADAM, D.; “The biographical consequences of activism”, artículo publicado en: *American Sociological Review*, No. 54, 1989, pp. 744-760, 745.

¹⁴⁵ KLANDERMANS, B.; “Grievance Interpretation and Success Expectations: The Social Construction of Protest”, artículo publicado en: *Social Behaviour Review*, No. 4, 1989, pp. 113-125, 121. Vid., además, del mismo autor: KLANDERMANS, B.; “Mobilization and Participation: Social-Psychological Expansions of Resource Mobilization Theory”, artículo publicado en: *American Sociological Review*, No. 49, 1990, pp. 583-600, 586-587; y, KLANDERMANS, B.; “The Formation and Mobilization of Consensus”, en: KLANDERMANS, B.; KRIESI, H.; TARROW, S. (eds.); *From Structure to Action:*

Consecuentemente, tal es el grado de liberación cognitiva en la protesta social que la participación pública y control ciudadano efectuados a través de los movimientos sociales, termina por asociar el reclamo colectivo con la idea de *oportunidad política*¹⁴⁶; aquélla en la que la movilización y presión social de la acción colectiva juega un rol muy importante tanto en los procesos de diálogo intersubjetivo como en las políticas social, en la rendición de cuentas de las instituciones políticas y en los medios de comunicación, y esto se da porque quienes ejercen la protesta social a través de la liberación cognitiva y la acción colectiva son movidos por un clima social y democrático de cambio que se basa en cuatro elementos: a) la existencia y percepción de una degeneración en el sistema democrático en el que empiezan a existir flagrantes contradicciones entre los valores culturalmente defendidos y prácticas sociales que desde las altas esferas del poder parecen convertirse en convencionales; b) penurias súbitas y repentinas por la falta de atención del Estado a las necesidades básicas y a la garantía y promoción de los derechos de los individuos que están bajo su tutela y jurisdicción; c) la puesta de manifiesto de la ilegalidad y arbitrariedad con que actúa el régimen político que hace vulnerable al régimen frente a los agentes sociales que creen más en su ilegitimidad que en el actuar legítimo de éste; y, d) la disponibilidad de un marco innovador en el que a través de espacios públicos, agendas políticas y audiencias, los disidentes puedan esquematizar, planificar, organizar, y poner en marcha sus protestas y reivindicaciones sociales¹⁴⁷.

Indiscutiblemente, junto a la liberación cognitiva empieza a haber una transformación de la conciencia de los participantes potenciales en la acción colectiva, puesto que su participación en la protesta social está influenciada por valores morales, principios sociales y conductas que claman igualdad y libertad y un mayor respeto por los derechos fundamentales. Los profesores J. Craig Jenkins y Bert Klandermans, por ejemplo, señalan que:

“En el marco de la acción colectiva, tales valores y puntos de vista políticos se pueden caracterizar como las preferencias individuales respecto a “bienes públicos”, es decir,

Comparing Movement Participation Across Cultures, International Social Movement Research, vol. 1, Greenwich, JAI Press, 1988, pp. 173-197.

¹⁴⁶ El término *oportunidad política* es en palabras de William Gamson y David Meyer: <<[...] un factor omnicomprendido por medio del cual se quiere explicar toda condición o circunstancia que forme parte del contexto en el que surge la acción colectiva>>. Vid., entonces, GAMSON, W.; MEYER, D.; “Marcos interpretativos de la oportunidad política”, en: MCADAM, D.; MCCARTHY, J.; ZALD, M. (eds.); *Movimientos sociales: perspectivas comparadas. Oportunidades políticas, estructuras de movilización y marcos interpretativos culturales*, trad. de Sandra Chaparro, Madrid, Istmo, 1999, p. 221.

¹⁴⁷ Cfr. MCADAM, D.; “Orígenes terminológicos, problemas actuales y futuras líneas de investigación”, en: MCADAM, D.; MCCARTHY, J.; ZALD, M. (eds.); *Movimientos sociales...*, op.cit., Cap. II *Oportunidad Políticas*, p. 52.

bienes que afectan o que pueden ser disfrutados por todos los miembros de una colectividad, y que no sean factibles de ser retenidos por cualquier miembro de la colectividad. Las personas que desean una mayor igualdad en el sistema político, las que claman por mayor libertad y menos opresión, o que desean medidas de protección ambiental más estrictas, de hecho, están expresando su preferencia por determinados bienes públicos que podrían beneficiar a la mayor parte, si no todos, los miembros del sistema político. De hecho, toda la “queja” política o las variables de “descontento” que se piensa comúnmente que van a influir en la protesta social y política y en otras formas de comportamiento político, pueden ser vistas como las preferencias por los bienes públicos. Esta categoría abarca la insatisfacción con las políticas públicas aprobadas por el gobierno, la insatisfacción con la forma de gobierno mismo, e incluso los sentimientos personales de privación relativa de la autonomía individual, siempre que ésta sea luego “politizada”, y por tanto dicha insatisfacción es culpa del gobierno”¹⁴⁸.

Tal insatisfacción por la debacle social, política y degenerativa en que la demagogia y el populismo terminan por causar daños en el sistema democrático, sumado a ello la corrupción política, es el factor determinante para la justificación de la liberación cognitiva como fuerza motora de la acción colectiva y motivación directa de la protesta social.

2.1.2.2 EL IMPACTO DEL DISCURSO PÚBLICO EN LAS IDENTIDADES COLECTIVAS

En cada contexto social o cultural en el que se halla una comunidad política fragmentada por conflictos y tendencias dispares que marcan la pauta de la poca deliberación y diálogo democrático es que encontramos la vinculación de la movilización social con el impacto del discurso público. Juega aquí un papel preponderante la comunicación intersubjetiva y la suma de voluntades a la hora de generar un debate público y democrático, pues la movilización de masas trae aparejada consigo el reclamo y la reivindicación de derechos movidos por una serie de paquetes ideológicos, es decir, por una serie de demandas de bienes y servicios y de la forma en que debe estructurarse la comunidad política –o más propiamente dicho, el Estado– que está en el pensamiento de un grupo o colectivo y que otro sector impugna. La especificidad de los paquetes ideológicos que se difunden en una sociedad a través de la protesta y la movilización es producto de la

¹⁴⁸ DIETER OPP, K.; “Left-Right ideology, collective political action”, en: CRAIG JENKINS, J.; KLANDERMANS, B. (eds.); *The politics of social protest. Comparative perspectives on States and social movements*, Minnesota, University of Minnesota, Londres, University College London (UCL) Press, 1995, pp. 66-67.

comunicación entre masas y de la deliberación entre personas que o bien comparten iguales intereses, o disienten, por el contrario, frente a otros¹⁴⁹.

En opinión del profesor Bert Klandermans, “las mismas organizaciones de los movimientos sociales también prestan su contribución al discurso público. Como promotoras de paquetes ideológicos específicos y de formas de acción colectiva destinadas a apoyar a los primeros, influyen en la controversia que se desarrolla en los medios de comunicación. Ni que decir tiene que esas organizaciones no pueden hacer un uso exclusivo de los medios, y se ven obligadas a competir con otras que promueven la difusión de otros paquetes ideológicos, desde las que representan la postura <<oficial>> hasta aquéllas que las atacan y también desean tener voz en el debate público”¹⁵⁰. El impacto de la protesta social, entonces, incide en el discurso político cuando enfrenta esa idea casi pura de que en democracia todo se resuelve a priori en el consensualismo y no como resultado de un disenso previo, para más bien a posteriori conseguir el consenso como resultado de una deliberación previa.

A veces se da por supuesto que todas las personas dentro de una comunidad política – dotadas como están de razón y de conciencia– y, por tanto, de una “única y consolidada” virtud moral, deben direccionar sus intereses a una misma cuestión común, a un pensamiento inmutable que no sea trastocado respecto del bien común de todos los miembros de esa comunidad, por el miedo a ese “fantasma” de los conflictos sociales y de las divisiones culturales materiales y culturales que se presenta a través de la movilización social y la protesta¹⁵¹.

Para Adam Przeworski, ese “fantasma” tiene incidencia plena en el discurso político, en el debate deliberativo, público y social, y, lo más importante, en la construcción del principio de alternancia política como base de la soberanía popular, el control ciudadano y la participación política. Menciona, por tanto, que antes “[...] era fácil decir “Unidos estamos de pie”, mucho más difícil era entender cómo podíamos estar de pie divididos. Fue por eso que, aun cuando la nostalgia del consenso sobrevive en algunos pensadores políticos, hemos llegado a ver la democracia como un método para procesar conflictos en forma pacífica y respetando reglas. Tuvieron que pasar casi doscientos años para que la alternancia de partidos en el poder llegara a ser algo que consideramos natural. Pero hoy

¹⁴⁹ Cfr. KLANDERMANS, B.; “La construcción social de la protesta y los campos pluriorganizativos”, trad. de Enrique Laraña y Joseph Gusfield, en: LARAÑA, E.; GUSFIELD, J.; *Los nuevos movimientos sociales. De la ideología a la identidad*, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 1994, p. 187.

¹⁵⁰ KLANDERMANS, B.; “La construcción social...”, *op. cit.*, p. 187.

¹⁵¹ Cfr. PRZEWSKI, A.; *Qué esperar de la democracia...*, *op.cit.*, p. 252.

sabemos que, si bien todavía somos gobernados por otros, si así lo queremos podemos ser gobernados por otros distintos por turnos”¹⁵².

De ese modo, el impacto del discurso público en las identidades colectivas a través de la protesta social y la resistencia genera una conciencia ciudadana que apuesta por el cambio en el sistema político y democrático y por no regresar a prácticas y mecanismos autocráticos, dictatoriales y despóticos que terminan por anular la participación y la deliberación y ponen fin a la libertad de disenso.

2.1.3 LA IDENTIDAD COLECTIVA COMO CONSTRUCCIÓN SOCIAL Y FUNDAMENTO DE LA PROTESTA SOCIAL

La idea de identidad colectiva está fuertemente marcada por el hecho de relacionar a los movimientos sociales, disidentes y a la protesta social en sí misma como construcciones sociales¹⁵³. Para Alberto Melucci, por ejemplo, los movimientos sociales y la acción colectiva son concebidos como “[...] procesos por medio de los cuales los actores producen significados, comunican entre sí, negocian y toman decisiones. Los movimientos sociales contemporáneos se encuentran sumergidos en las redes sociales de la vida cotidiana. Dentro de estos invisibles laboratorios, los movimientos sociales ponen en tela de juicio y desafían los códigos dominantes de la vida cotidiana. Estas redes ocultas adquieren visibilidad cada vez que los actores colectivos se enfrentan o entran en conflicto con la vida pública”¹⁵⁴.

Puede pensarse, en consecuencia, que la acción colectiva está guiada por una fuerte interrelación con principios y valores rectores con los que se identifican los actores o agentes sociales participantes en una protesta dentro de una comunidad política, que pueden ser: el diálogo democrático, la imparcialidad en la toma de decisiones, la libertad, la igualdad, la civilidad, la participación, la justicia, el pluralismo, la solidaridad, la tolerancia, la legitimidad y legalidad y el respeto por los derechos fundamentales. Estos valores, indudablemente, van a configurar la identidad colectiva como construcción social y fundamento de la protesta social ya que influenciarían en la forma en que los agentes sociales y disidentes diseñan sus estrategias y reclamos y en cómo éstos las califican de eficaces o moralmente aceptables. Proporcionarían además –esos valores– la motivación

¹⁵² PRZEWORSKI, A.; *Qué esperar de la democracia...*, op.cit., pp. 252-253.

¹⁵³ Cfr. MELUCCI, A.; *Nomads of the present: Social Movements and individual needs in contemporary society*, trad. de John Keane y Paul Mier, Londres, Hutchinson Radius, 1989, p. 128.

¹⁵⁴ MELUCCI, A.; “The symbolic challenge of contemporary movements”, artículo publicado en: *Social Research Review*, vol. 52, No. 4, 1985, pp. 789-816, 796.

necesaria para que los disidentes o participantes en la protesta social logren soportar el costo de la acción colectiva¹⁵⁵.

De esa manera, la identidad colectiva viene a constituirse más en un proceso de construcción social que en propiedad de los actores o agentes sociales individualizados en una comunidad política. Esto quiere decir, en efecto, que “[...] los sentimientos de pertenencia y solidaridad en relación con un determinado grupo, el reconocimiento de elementos de continuidad y discontinuidad en la historia de los individuos y la identificación de los propios adversarios están todos, quizá, sujetos a una continua reelaboración. La identidad surge de procesos de auto-identificación y reconocimiento externo”¹⁵⁶. Ejemplos de movimientos con identidad colectiva inmersos en protesta podrían siguiendo los postulados que se acaban de describir y explicar son: la identidad francesa de los movimientos de mayo de 1968, la identidad colectiva en los movimientos del 15-M en España, o la identidad surgida por la acción colectiva y alzamientos populares producidos en países de árabes, como Túnez, Egipto, Libia y Siria (la famosa “primavera árabe”), por mencionar algunos.

El desarrollo de una identidad colectiva, bajo ese contexto, supondrá que su significancia y fundamentación viene dada por el hecho de que “[...] uno mismo se ha definido como parte de un grupo, y que ha desarrollado concepciones del mundo, metas y opiniones compartidas sobre el entorno social y las posibilidades y límites de la acción colectiva. Los grupos pueden tener más o menos éxito a la hora de desarrollar su identidad colectiva. Si un grupo no lo logra, no podrá llevar a cabo ninguna acción colectiva”¹⁵⁷.

2.1.4 EL DERECHO FRENTE A LA PROTESTA SOCIAL (análisis del problema de “conflicto o colisión de derechos” al ejercer la protesta social)

Ya se ha dicho con toda elocuencia, que la protesta social debe ser entendida como “[...] la unión colectiva de necesidades individuales insatisfechas, con uno o varios objetivos en común, y su demostración mediante el despliegue de actividades en el espacio público, constituyendo una fuerza en uso de poder”¹⁵⁸. Sin embargo, pueden existir casos en los que los Estados traten de impedir el libre desarrollo de las manifestaciones públicas anteponiendo como justificación de tal limitación la afectación al orden público, la

¹⁵⁵ Cfr. DELLA PORTA, D.; DIANI, M.; *Los movimientos sociales*, trad. de Eduardo Romanos, 2ª ed, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS): Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 98.

¹⁵⁶ DELLA PORTA, D.; DIANI, M.; *Los movimientos sociales...*, *op.cit.*, p. 143.

¹⁵⁷ KLANDERMANS, B.; “La construcción social...”, *op. cit.*, p. 189.

¹⁵⁸ PEJLATOWICZ, P.; SANDRI FUENTES, A.; “Estándares internacionales sobre protesta social”, en: REY, S. A. (coord.); *Problemas actuales de derechos humanos*, No. 1, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 42.

seguridad nacional, el libre tránsito o circulación de vehículos y peatones y la estabilidad del sistema político.

Frente al orden público, muchos Estados han incluido en sus legislaciones cierta normativa tendiente a limitar las manifestaciones cerca de instituciones públicas, sedes parlamentarias, etc., por considerarlo una perturbación a la seguridad ciudadana y al orden público. Recurriendo al análisis de casos, por ejemplo, en el artículo 36 numeral segundo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo de 2015, de protección de seguridad ciudadana en España, sorprende que exista la calificación como infracción grave a “[...] la perturbación de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado, y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidos, celebradas con observancia de los requisitos previstos en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, cuando no sea delito”¹⁵⁹ puesto que dicha calificación legal –a mi juicio– genera una distorsión en lo que se debería entender por orden público y democracia, puesto que son estos valores los que condicionan la vida social en su conjunto y armonizan las garantías procesales e institucionales dentro de la dimensión limitativa de los derechos fundamentales como posiciones reforzadas frente a las actuaciones de los poderes del Estado para generar una cierta resistencia que permita ordenar el cauce democrático en una sociedad y entronizar la participación ciudadana como cauce de un derecho de interés público en el que los individuos puedan en aras de ejercer su libertad de expresión, manifestarse sobre asuntos de interés público y político.

La política criminal que se pretende instaurar dentro del ordenamiento jurídico español para establecer o justificar un “correctivo” uso del derecho de reunión y manifestación, abre a mi juicio el debate entre libertad y seguridad ciudadana y entre democracia y seguridad estatal. En efecto, el jurista español Antonio Enrique Pérez Luño manifiesta que “[...] la seguridad por inmediata influencia de la filosofía contractualista e iluminista se convertirá en presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho”¹⁶⁰. De ese modo, entonces, ha de entenderse que la seguridad ciudadana supone el engarce directo de ésta con la constitucionalidad del presupuesto de vivir en una sociedad libre y democrática, ya que la seguridad desde una dimensión constitucional y procesal entraña la protección de la integridad física y personal tanto individual como colectiva de

¹⁵⁹ Vid., numeral segundo del artículo 36 de la Ley Orgánica de protección de la Seguridad Ciudadana 4/2015, de 30 de marzo de 2015, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), No. 77, martes 31 de marzo de 2015, en línea: <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3442.pdf> (Último acceso: 21/08/2015, 10:30).

¹⁶⁰ PÉREZ LUÑO, A. E.; *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel Derecho, 1991, p. 19.

las personas, en un contexto en el que la seguridad estatal debe entender que las limitaciones y garantías no son elementos contrapuestos a ésta, sino que son parte sustancial de la misma.

En el Estado de Derecho, la seguridad ciudadana ha de ser también seguridad constitucional; seguridad para preservar el pacífico disfrute de la libertad, y viene a ser caracterizada como tal porque el camino para lograrla viene prefigurado por la Constitución, que establece el funcionamiento de la defensa y el rol que cumplen las fuerzas policiales. Consecuentemente, se entiende que la seguridad ciudadana se entrelaza estrechamente con el derecho de reunión y manifestación, puesto que como ha señalado el Tribunal Constitucional español en su otrora sentencia STC 170/2008 de 15 de diciembre de ese año, el ejercicio constitucional adecuado de ese derecho es “[...] una técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo -una agrupación de personas-, el temporal -su duración transitoria-, el finalístico -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración-”¹⁶¹. Empero, la problemática surge cuando al parecer el Gobierno español pretende entender al derecho de reunión y manifestación como una libertad pública puesta al servicio del Estado y no como un derecho, lo cual hace que la participación ciudadana y la libertad de expresión estén presas en el engranaje del discurso político en el que se pretende justificar de manera arcaica y me atrevería a decir que hasta retrógrada, que la manifestación sólo se concibe como un derecho en tanto y en cuanto reúne los “requisitos” prestacionales que da el Estado para que se efectivice su ejercicio. Es decir, se confunde al derecho de manifestación como un derecho prestacional y no como un derecho de participación necesario en una sociedad democrática.

Esta medida securitista, sin duda alguna, marca la tensión entre democracia y seguridad estatal, al pretender imponer medidas legislativas autoproclamadas por decisiones parlamentarias mayoritarias que muchas veces terminan afectando a grupos minoritarios o colectivos que quieren manifestarse pacíficamente pero frente a sitios emblemáticos que se supone son representación de la legitimidad soberana del pueblo como mandante y no una legitimación pública dada por los mandatarios o por los funcionarios públicos.

¹⁶¹ Vid., sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 170/2008, de 15 de diciembre de 2008, Fundamento Jurídico 3, foja 8.

Así, ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado en el caso STEDH Ezelin c. Francia de 26 de abril de 1991 que “[...] el uso del ius puniendi debe superar el juicio de proporcionalidad”¹⁶², y, ha mencionado en el caso STEDH Ivanov c. Bulgaria de 20 de octubre de 2005 que ese ius puniendi, “[...] no puede conllevar un control ideológico sobre la finalidad de la manifestación”¹⁶³. Por tanto, resulta contradictoria la imposición que el Gobierno español realiza respecto del derecho de manifestación y de reunión pacífica, y se contradice, a mi criterio, con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, la STC 96/2010, de 5 de noviembre de ese año, que dice que “[...] para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión, restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo, es preciso que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión producirá una alteración del orden público o la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución. Pero para ello no basta con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos, debiendo presidir toda actuación limitativa del mismo el principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión”¹⁶⁴.

Si comparamos ahora el caso español con casos latinoamericanos como por ejemplo, el caso del señor Marcel Claude Reyes contra el Estado chileno, veremos que la historia se repite casi análogamente. El caso trata respecto a que el mencionado ciudadano ejerció su derecho de protesta y reclamo frente a un proyecto de deforestación que, en su criterio, era perjudicial para el entorno medioambiental y solicitó información a la entidad encargada de la ejecución del proyecto (Centro de Inversiones Extranjeras) a fin de que rinda cuentas sobre su actuación en la deforestación, misma que se le fue negada apelando a la seguridad nacional en contraposición con el interés público.

El caso llegó incluso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Tribunal que condenó al Estado chileno por la violación a los derechos de libertad de expresión (acceso a la información de interés público) y a la libertad de reunión, entre otros, estableciendo el estándar internacional de que: “[...] el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control

¹⁶² Vid., sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), STEDH Ezelin c. Francia de 26 de abril de 1991.

¹⁶³ Vid., sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), STEDH Ivanov c. Bulgaria de 20 de octubre de 2005.

¹⁶⁴ Vid., sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 96/2010 de 5 de noviembre de 2010.

democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”¹⁶⁵.

Estos dos casos en el derecho comparado, sirven para demostrar que las limitaciones a la protesta social y a las manifestaciones en el espacio público deben estar justificadas por criterios de proporcionalidad y necesidad en una sociedad democrática, además de la legitimidad y la progresividad en el uso de la fuerza. En efecto, han surgido aportaciones muy importantes en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos a la protección de la protesta social, como por ejemplo, aquella que realiza la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la que menciona lo siguiente: “[...] la manifestación pública es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades. En general, ésta como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho. Los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del "orden público", como medio para suprimir un "derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real". Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima”¹⁶⁶.

La colisión de derechos como la seguridad ciudadana y el orden público con la libertad de expresión, reunión o asociación suponen un test de ponderación constitucional que evalúe y analice cuál derecho debe prevalecer en torno a que no se trastoque las columnas vertebrales del sistema democrático que son el pluralismo y la tolerancia. Dicho test de proporcionalidad, debe ser realizado por jueces independientes que interpreten el alcance de

¹⁶⁵ Vid., Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 86-87.

¹⁶⁶ Vid., Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Capítulo V, Informe Anual 1994, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OEA/Ser. L/V/II.88, Doc. 9 rev., en línea: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm> (Último acceso: 25/08/215, 14:20).

esos derechos contenidos en las normas elaboradas por el legislador, pues su rol consiste en ser adjudicadores de los derechos interpretando las decisiones políticas que emanan del poder legislativo, siempre y cuando exista separación de poderes, pues de lo contrario no existen garantías democráticas y estabilidad institucional que logre poner límites y contrapesos a la actuación del poder político, puesto que la conducta prohibida de los derechos de libertad y participación (aquella que establece que los mismos no pueden ser trastocados, vejados o vulnerados) debe ser concretada por los jueces. Como bien lo ha mencionado la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-456-92, de 14 de julio de 1992: “la finalidad en la reglamentación del derecho de reunión no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida”¹⁶⁷.

Finalmente, de existir colisión o conflicto entre el derecho al libre tránsito o circulación y la protesta social, se debe entender que no se puede vaciar el contenido esencial –o más propiamente llamado “núcleo duro” del derecho– por cuanto como lo ha dispuesto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: “[...] debido a que durante las manifestaciones populares es factible que el ejercicio de la libertad de expresión de unos limite el ejercicio de la libertad de tránsito de otros, el Estado –a través de los órganos y autoridades competentes para hacer uso de la fuerza pública- debe analizar el contenido mínimo esencial de ambos derechos, con la finalidad de armonizar las libertades que coexisten en el grupo social, evitando el uso abusivo de una u otra pero sin vaciar de su contenido esencial a ninguna. De manera que deberá garantizar la libertad de tránsito de las personas, organizando salidas alternas, levantando obstáculos en las vías, pero jamás dispersando mediante maltratos físicos y detenciones ilegítimas al grupo de personas que se encuentren manifestando su opinión en forma pacífica”¹⁶⁸.

Las limitaciones, por tanto, a la protesta social y a las manifestaciones deben cumplir con estos estándares para la buena marcha del sistema democrático y para garantizar una mayor deliberación y participación pública de los agentes sociales en una comunidad política.

¹⁶⁷ Vid., Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-456-92, de 14 de julio de 1992, en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-456-92.htm> (Último acceso: 02/10/2015, 12:10)

¹⁶⁸ Vid., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia 03020, de 14 de abril de 2000, en línea: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&cmbDespacho=0007&txtAnno=2000&strNomDespacho=Sala+Constitucional&nValor2=137868&lResultado=1&lVolverIndice=IndiceDespSent¶m01=Sentencias+por+Despacho¶m2=31&strTipM=T&strDirSel=directo (Último acceso: 15/09/2015, 18:03)

2.1.5 CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL: CÓMO Y PORQUÉ SE CASTIGA

Si el ordenamiento jurídico parte del reconocimiento de la dignidad del ser humano, del respeto hacia su autonomía individual y a su capacidad de expresarse libremente y de participar en los asuntos públicos y políticos concernientes a la comunidad social donde éste desarrolla su vida cotidiana, se ha de decir que “[...] de poco valdría reconocer al ser humano su dignidad de persona, como ente dotado de conciencia, si no se le permite expresar su libertad de conciencia. Para ello se le reconoce el derecho a unirse con quienes comparten sus posiciones y a expresarlas públicamente”¹⁶⁹. Eugenio Raúl Zaffaroni, al argüir argumentos respecto a que la protesta social no institucional no siempre es una conducta típica para ser sancionada penalmente, menciona que:

“La circunstancia de que se excedan los límites de la protesta institucional no convierte automáticamente en típica la conducta. Cuando la protesta pasa los límites institucionales, es decir, excede el tiempo razonablemente necesario para expresarse (acampar o deciden pasar la noche en una plaza), no interrumpen la calle por el mero efecto del número de personas sino por acciones dirigidas a hacerlo, pequeños grupos prolongan sus gritos una vez concluida la manifestación, se reiteran los gritos en los transportes utilizados para volver a los hogares, etc., se penetra en un campo que puede ser antijurídico o ilícito, pero que no necesariamente es penal, porque solo una pequeña parte de las conductas antijurídicas está tipificada penalmente. En efecto: quedarse a pasar la noche en una plaza no es una conducta antijurídica. Ruidos molestos innecesarios y una vez concluida la manifestación pueden ser antijurídicos, pero no son penalmente típicos, aunque pueden configurar una falta”¹⁷⁰.

Tomando como ejemplo el caso ecuatoriano, existen varios tipos penales que el Estado ha utilizado abusivamente para criminalizar la protesta social, toda vez que, apelando a la seguridad interna del Estado, a la grave conmoción nacional a la que supuestamente incita la protesta y al mantenimiento del orden público persigue a los manifestantes a quienes considera enemigos del régimen y desestabilizadores políticos. En un caso en concreto, “Wilman Jiménez Salazar, miembro del Comité de Derechos Humanos de Orellana, participó el 19 de junio de 2006 en una protesta de campesinos contra el presunto impacto medioambiental de una empresa petrolera que operaba en Payamino, provincia de Orellana. Una de las demandas de la comunidad era que la empresa enterrara un oleoducto que

¹⁶⁹ ZAFFARONI, E. R.; “Derecho penal y protesta...”, *op.cit.*, p. 19.

¹⁷⁰ *Ibidem.*, p. 20.

transportaba crudo, ya que decían que había causado quemaduras a algunas personas. En respuesta a esta manifestación, la Policía Nacional y el ejército utilizaron, según los informes, gas lacrimógeno y balas de goma para dispersar a la multitud. A Wilman Jiménez Salazar le dispararon seis veces con balas de goma mientras tomaba fotografías de la protesta, y luego le detuvieron. Permaneció recluido en manos del ejército en Orellana, que lo acusó de terrorismo y sabotaje en virtud de la Ley de Seguridad Nacional y le negó la asistencia a una vista de hábeas corpus. Finalmente quedó en libertad el 6 de julio, tras haber permanecido 17 días bajo custodia militar. No obstante, siguió sometido a investigación por las autoridades militares hasta septiembre de 2006, cuando su caso se transfirió a la jurisdicción civil”¹⁷¹.

Lo ocurrido con el señor Jiménez Salazar, es una muestra de que la participación en una manifestación o protesta sobre asuntos concernientes a proyectos de extracción petrolera es confundida con las conductas típicas de terrorismo y sabotaje, mismas que según el Código Orgánico Integral Penal (COIP) vigente en Ecuador, están recogidas en los artículos 345¹⁷² y 366¹⁷³. Frente a esa confusión, existe un problema mayor que deviene del error legislativo en la norma penal ecuatoriana o del error judicial en la interpretación de la misma. Si existiera separación de poderes, se pudiera pensar quizá que los errores del legislador a la hora de establecer conductas penales ambiguas y tan llenas de equivocidad pueden ser corregidos por el juez que interpreta la norma en el sentido *pro homine* y con apego a los derechos fundamentales, a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, aplicando un control directo de constitucionalidad y convencionalidad. Esto, sin embargo, no ocurre en Ecuador en que la doctrina de la

¹⁷¹ Amnistía Internacional; “*Para que nadie reclame nada*” ¿Criminalización del derecho a la protesta en Ecuador?, informe julio de 2012, p. 7.

¹⁷² Vid., artículo 345 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 180, Suplemento de 10 de febrero de 2014, en línea:

<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf> (Último acceso: 24/09/2015, 10:30), que dice: **Sabotaje.-** La persona que con el fin de trastornar el entorno económico del país o el orden público, destruya instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro medio de transporte, bienes esenciales para la prestación de servicios públicos o privados, depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas destinadas a producción o al consumo nacional, vías u obras destinadas a la comunicación o interrumpa u obstaculice la labor de los equipos de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

¹⁷³ Vid., artículo 366 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 180, Suplemento de 10 de febrero de 2014, en línea:

<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf> (Último acceso: 24/09/2015, 10:35), que dice: **Terrorismo.-** La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

separación del poder y los pesos y contrapesos no existe, pues el juez no interpreta sino que aplica la norma tal y como viene dada por el legislador o tal y como lo ordena el Ejecutivo que se ha vuelto un colegislador que reglamenta y legisla las decisiones políticas, pero que ahora también les dice a los jueces cómo debe aplicarse el derecho y en qué medida y proporción.

En el caso de sabotaje, por un lado, se considera conducta típica el trastorno del orden público, pero no se explica que se entiende por “trastornar el orden público”, lo cual genera ambigüedad y permite al Estado perseguir a los disidentes y participantes en una manifestación alegando justamente ese “trastorno”, aunque para ello tenga que saltarse el principio de legalidad del derecho penal y la máxima jurídica de que en materia penal los tipos penales no pueden generar equivocidad ni ser dubitativos. Por otro lado, en el caso de terrorismo, una simple asociación puede ser considerada como “terrorista” aunque no tenga esos fines y la reunión de personas para debatir sobre asuntos políticos puede considerarse una acción terrorista o que ponga en peligro a la población, lo que evidentemente también es utilizado por el Estado ecuatoriano para sancionar a individuos que protestan bajo figuras totalmente ajenas con el objeto de la protesta social.

La situación se agrava aún más en los casos en que la protesta social es criminalizada bajo tipos penales como la resistencia o ataque a la fuerza pública o a funcionarios que tienen la “orden” de retirar a los manifestantes del sitio donde se ha efectuado tal o cual manifestación, o la paralización de servicios públicos y carreteras cuando los individuos obstaculizan vías o protestan frente a instituciones estatales y emblemáticas. Por ejemplo, “[...] en noviembre de 2007, los residentes de Dayuma, en la provincia de Orellana, pidieron que las empresas contrataran a más residentes locales, y pagaran sus impuestos y los derechos de explotación directamente al gobierno local, para que ese dinero pudiera invertirse en servicios básicos e infraestructura de la provincia. Como parte de la protesta, la comunidad bloqueó la vía Auca y, según los informes, con ello recortó la producción de petróleo en un 20%. Se declaró un estado de emergencia que autorizó a la Fuerza Pública intervenir con el propósito de despejar las vías interrumpidas y garantizar la operación de producción y transporte de petróleo. Según la Defensoría del Pueblo, 11 manifestantes fueron detenidos y al menos 26 se enfrentaban a cargos de terrorismo y sabotaje y de rebelión y paralización de servicios públicos”¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Amnistía Internacional; “*Para que nadie reclame...*”, *op.cit.*, p. 8.

Este caso, demuestra como el Estado ecuatoriano criminaliza la protesta social mediante los abusos del uso de la fuerza por parte de las fuerzas del orden (policial y militar) y mediante la persecución penal con tipos penales llenos de ambigüedad y poco claros, que ahora se recogen en los artículos 283¹⁷⁵, 336¹⁷⁶, 346¹⁷⁷ y 348¹⁷⁸ del Código Orgánico Integral Penal (COIP) vigente en Ecuador. Se vuelve a las prácticas draconianas del derecho penal del enemigo, y se considera a todo disidente o manifestante como tal. Tal parece que al Estado ecuatoriano se le ha olvidado lo manifestado por el profesor Zaffaroni cuando dice que: “[...] dejando de lado que no es posible omitir la aplicación de los principios de legalidad estricta y de interpretación restrictiva, que son resultado de la naturaleza discontinua de la legislación penal o de la tipificación, tampoco pueden pasarse por alto o negar los principios de ofensividad, de insignificancia y de proporcionalidad. [...] La tipicidad no se agota en la mera comprobación de los extremos exigidos por el tipo objetivo legal, sino que es necesario, además, evaluar si esa tipicidad objetiva resulta *ofensiva* (por lesión o por peligro) para un bien jurídico (y también si es imputable como obra propia al autor, lo que no está en cuestión en el caso). Olvidar esta premisa (no requerir

¹⁷⁵ Vid., artículo 283 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 180, Suplemento de 10 de febrero de 2014, en línea:

<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf> (Último acceso: 24/09/2015, 11:00), que dice: **Ataque o resistencia.-** *La persona que ataque o se resista con violencias o amenazas a los empleados públicos, a los depositarios o agentes de la fuerza pública, a los comisionados para la percepción de los impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los decretos y fallos judiciales, a los guardas de las aduanas y oficinas de recaudación y a los agentes de policía, cuando obran en ejecución de las leyes, o de las órdenes o reglamentos de la autoridad pública, serán sancionadas con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.*

¹⁷⁶ Vid., artículo 336 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 180, Suplemento de 10 de febrero de 2014, en línea:

<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf> (Último acceso: 24/09/2015, 11:08), que dice: **Rebelión.-** *La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

¹⁷⁷ Vid., artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 180, Suplemento de 10 de febrero de 2014, en línea:

<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf> (Último acceso: 24/09/2015, 11:15), que dice: **Paralización de un servicio público.-** *La persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público o se resista violentamente al restablecimiento del mismo; o, se tome por fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.*

¹⁷⁸ Vid., artículo 348 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 180, Suplemento de 10 de febrero de 2014, en línea:

<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf> (Último acceso: 24/09/2015, 11:22), que dice: **Incitación a discordia entre ciudadanos.-** *La persona que promueva la discordia entre los ciudadanos, armando o incitando a armarse unos contra otros, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.*

peligro) o presumir el peligro (es decir, darlo por cierto cuando no se haya producido) es violatorio al *principio de ofensividad*¹⁷⁹.

Otro principio que no puede ser olvidado por el Estado ecuatoriano es el de insignificancia, puesto que “[...] no puede obviarse la máxima romana *minima non curat Praetor*, traducida hoy como *principio de insignificancia*: las afectaciones insignificantes o de bagatela no son suficientes para cumplimentar el principio de ofensividad, pues se entiende que los delitos deben afectar con cierta relevancia los bienes jurídicos, sin poder configurarles cuestiones más o menos baladíes o que no guarden proporción elemental con la magnitud de la pena conminada. En otras palabras, la consecuencia jurídica del delito, esto es, la pena, indica con su magnitud que se requiere un grado respetable de afectación al bien jurídico, lo que no cumplimenta una lesión o puesta en peligro insignificante”¹⁸⁰.

Finalmente, el *principio de proporcionalidad* viene caracterizado por la idea de justicia y mínima intervención penal en un Estado democrático de derecho, lo cual, evidentemente, implica que de ponerse límites a la protesta social y a las manifestaciones y adecuar las conductas de los disidentes a tipos penales, se deberá adecuar cualquier medida normativa o de política pública o gubernamental bajo principios de proporcionalidad que justifiquen que las medidas a adoptar sean necesarias en una sociedad democrática, sean legítimas y que, además, prevean un uso gradual y progresivo en el uso de la fuerza, de ser el caso. Claro está que, la utilización del derecho penal para sancionar las conductas de los manifestantes, debe ser una medida de *última ratio*. De lo contrario, se desnaturaliza la esencia misma de la protesta social y al criminalizarla se pierden los valores democráticos por los cuales han luchado en intensas manifestaciones, individuos con gran sentido de lo social y con un gran afecto por las causas cívicas y la paz como lo fueron Thoreau, Gandhi o Luther King. En ellos prevaleció el lema de protestar, de levantarse frente a los condicionamientos arbitrarios, incluso de la autoridad, pues concebían que “el Estado nunca confronta intencionalmente el sentido de un hombre, bien sea intelectual o moral, sino solo su cuerpo, sus sentidos. No está armado con un ingenio superior o con honestidad, sino con una fuerza física superior. No [nacimos] para ser [obligados]. [Respiraremos] a [nuestra] manera”¹⁸¹.

¹⁷⁹ ZAFFARONI, E. R.; “Derecho penal y protesta...”, *op.cit.*, pp. 21-22.

¹⁸⁰ *Ibidem.*, p. 22.

¹⁸¹ THOREAU, H.; *Sobre la desobediencia civil*, trad. de María Cristina Restrepo, 1ª reimp. a la primera edición 2011, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 2014, p. 39.

2.1.6 HACIA UNA RESTRICCIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO. LA PROHIBICIÓN DEL DISENSO

Pensar en la problemática que reviste la restricción de la protesta social supone a su vez, debatir la importancia de la constitucionalización del derecho de resistencia en los albores del Estado Constitucional de derecho. Al hablar de la constitucionalización de este derecho, lo que se está haciendo eminentemente es poner de relieve la juridificación democrática y deliberativa de la garantía de los derechos fundamentales. Tal juridificación democrática debe ser ejercida frente a un poder abusivo y despótico que ejerce sus facultades sin un título justo o legítimo (*absque titulo*), o frente a ese poder que, siendo legítimo se excede en sus facultades o abusa de ellas de manera desproporcionada y arbitraria (*ilegitimidad ab exercitio*)¹⁸². Norberto Bobbio, por ejemplo, menciona que “[...] la constitucionalización del remedio contra el abuso del poder se produce a través de dos instituciones típicas como son la separación de poderes y la subordinación de algún poder estatal, e incluso la de los órganos legislativos mismos, al Derecho (el llamado «constitucionalismo»). Por separación de poderes entiendo, en sentido amplio, no solamente la separación vertical de las principales funciones del Estado entre los órganos al vértice de la administración estatal, sino también la separación horizontal entre órganos centrales y órganos periféricos. [...] El segundo proceso fue el que dio lugar a la figura, auténticamente dominante en todas las teorías políticas del siglo pasado, del Estado de Derecho, esto es, del Estado en el que todo poder es ejercido en el ámbito de normas jurídicas que delimitan su competencia y orientan sus decisiones, a menudo con cierto margen de discrecionalidad”¹⁸³.

De esa manera, si la resistencia se puede dar frente a actos u omisiones de los poderes públicos y de terceras personas que vulneren derechos de otros, su constitucionalización supone plantearse nuevas cuestiones como las contenidas por el profesor Fabián Corral Burbano de Lara, quien en su columna editorial titulada *Derecho a la resistencia*, señala que: “(i) la resistencia es un derecho constitucional, cuya titularidad recae en los individuos y en los colectivos particulares, es decir, en los miembros de la sociedad civil; (ii) por ser un derecho constitucional, goza de los principios de protección estatal, aplicación directa e incondicional, ejecutabilidad, justiciabilidad, irrenunciabilidad, intangibilidad, etc.; (iii) no es facultad de los partidos, movimientos ni de otras entidades políticas, (iv) el objeto de la resistencia son los actos y las omisiones del “poder público”; (v) la resistencia se extiende a

¹⁸² Cfr. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.; “El derecho de resistencia y su <<constitucionalización>>”, artículo publicado en: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 103, Enero-Marzo, 1999, pp. 213-245, 228.

¹⁸³ BOBBIO, N.; “La resistencia a la opresión, hoy”, en: BOBBIO, N.; *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, pp. 189-202, 192.

los actos u omisiones de empresas, sindicatos, gremios, etc., de naturaleza privada, y a lo que hagan o dejen de hacer las personas naturales; (vi) la resistencia tiene amplios argumentos para sustentarse: puede tratarse de vulneración actual o de vulneración hipotética o potencial de derechos constitucionales; (vii) la acción queda librada al criterio y a la valoración de quien resiste, al arbitrio del interesado, que se convierte en juez de cada circunstancia y en ejecutor de la medida; y, (viii) la resistencia puede servir también para “demandar el reconocimiento de nuevos derechos”, esto es, lo que algunos teóricos llaman la “acción directa”, es decir, la que se ejerce fuera de los canales institucionales, e incluso en contra de ellos”¹⁸⁴.

La restricción entonces del derecho de resistencia supone el menoscabo directo de su constitucionalización y, por ende, afecta a la juridificación democrática y deliberativa del sistema político si es que no existe un desarrollo interpretativo por parte de un juez independiente e imparcial que logre justificar y argumentar en qué casos se puede restringir dicho derecho, bajo qué circunstancias y respetando el núcleo esencial del derecho. Es decir, que la interpretación sobre la restricción del derecho de resistencia debe buscar criterios de proporcionalidad, necesidad democrática, interés general y estar enmarcado en una causa de justificación jurídica y no arbitraria o eminentemente injusta. En ese sentido, la relación existente ente democracia (entendida desde el punto de vista de la legitimidad de actuación del poder político y la actuación de las instituciones democráticas) y los derechos de las minorías (que pueden ser los mismos disidentes o manifestantes) entra en una gran y curiosa contradicción. Tal contradicción es analizada por el profesor Ramón García Cotarelo, quien no duda en señalar que la contradicción dentro de la democracia en tensión con esos dos extremos (poder político y minorías) es:

“[...] por lo demás muy común en el quehacer humano: de un lado, es un régimen fundamentado en la misma idea del pluralismo, lo cual hace inevitable un tratamiento certero en la debida protección de las minorías y, por otro lado, tiene una tendencia manifiesta a suprimir, si no a las minorías, sí la posibilidad de que éstas se manifiesten y ello por la razón, muy comprensible, pero no necesariamente justificada, de la eficacia de las instituciones. La contradicción es, como decimos, común a otros quehaceres humanos que también consiguen subsistir eliminando precisamente el fundamento de su razón de ser. [...] La expresa prohibición del mandato imperativo en nuestras sociedades y la justificación del representativo es, en el fondo, una prueba del empeño por no reconocer el

¹⁸⁴ CORRAL BURBANO DE LARA, F.; “Derecho de resistencia”, columna editorial de dicho autor, publicada en diario El Comercio, Quito, en línea en: <http://www.elcomercio.com/opinion/columna-fabiancorral-derechoalaresistencia-constitucion-opinion.html> (Último acceso: 08/10/2015, 16:08).

carácter nítido de las minorías. De otra forma, ¿cómo puede sostenerse de verdad que el representante elegido con los votos –y quizá solo con ellos– de una minoría frustrada o *enragé*, por el mero hecho de ser elegido pasa a ser <<representante de la totalidad del electorado>>?”¹⁸⁵.

Al coartarse la libertad de disenso, la protesta social no tiene asidero dentro del espacio público y con su vulneración, se atropella la participación y el control ciudadano. Si la democracia no cuenta con disidentes, con minorías y manifestantes, es impensable hablar de un régimen deliberativo y participativo. Obviamente, la deliberación y participación debe realizarse bajo criterios de respeto a la dignidad, la honra y la diversidad de ideas y puntos de vista distintos. Proponer ideas nuevas, cambios en el sistema político y democrático y criticar los errores está muy bien, pero no da tampoco dicha situación el derecho a criticar todo abusando del límite de la libertad de expresión que es el respeto por la honra, la imagen, la privacidad y la dignidad de los demás. La resistencia debe ser usada para normar un cambio o buscar el cambio en la normativización con la cual se está manejando el sistema, pero no puede convertirse tampoco en un derecho absoluto y sin límites. Se pueden aceptar las proclamas que choquen, perturben o incluso lleguen a ser ofensivas a los funcionarios públicos pues su umbral de protección es distinto por estar sometidos permanentemente al escrutinio público, pero fuera de sus funciones públicas, el respeto a su vida privada se hace indispensable si de verdad se quiere vivir en democracia. Los límites y pesos y contrapesos tienen que ser tanto para mayorías como para minorías. Lo que sí es impensable en cualquier sistema democrático es que se vulnere el derecho de resistencia de forma sistemática y abusiva desde las esferas del poder o no se permita su ejercicio y aplicabilidad por parte de los ciudadanos.

En ese último contexto, la democracia “[...] empezará por ser muy aburrida y posiblemente acabaría por no ser ni democracia. [...] El conjunto del sistema político tendrá que admitir con cierta imaginación que las minorías busquen otros canales y cauces para transmitir sus puntos de vista. [...] El cauce que mejores resultados ha dado hasta la fecha y más satisfactoriamente ha equilibrado la necesidad de abrir posibilidades de expresión a las minorías con la de mantener el principio de legalidad en las democracias, ha sido [la resistencia] y la desobediencia civil”¹⁸⁶.

Desgraciadamente aún hoy en día existen restricciones a la libertad de disenso y al derecho de resistencia, lo cual implica consecuentemente una vejación en otros derechos

¹⁸⁵ GARCÍA COTARELO, R.; *Resistencia y desobediencia civil*, Madrid, Eudema, 1987, p. 134.

¹⁸⁶ *Ibidem.*, pp. 134-135.

inmersos en la capacidad de poder libremente mostrar las discrepancias que se tenga en asuntos de interés público como la libertad de expresión, reunión y asociación, que pasará inmediatamente a analizar tomando como herramienta, nuevamente, al derecho comparado; y, como metodología, al análisis de casos. Esta vez lo haré presentando la situación en un Estado criminal como el ecuatoriano y en un Estado decente como el guatemalteco.

2.1.6.1 AFECTACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Breve reseña de casos, impacto en la dimensión individual, impacto en la dimensión social, aumento de medidas restrictivas al disenso y volumen de persecución y judicialización de la disidencia y la resistencia civil

Ya se ha dicho que en la tipología de Estados como: de derecho, decentes y criminales, hay algunos que calzan perfectamente en el estadio antidemocrático que define al último de los tipos de Estados, el criminal. A mi juicio, el Ecuador en la actualidad es un Estado criminal, porque no existe separación entre las funciones del Estado ni garantías normativas, constitucionales y procesales que amparen a los ciudadanos frente al ejercicio y control arbitrario del poder sobre su autonomía, libertad y derechos. Y no es que lo diga yo por gusto o animadversión al régimen actual en Ecuador, basta leer los labios del presidente Rafael Correa cuando frenéticamente pronunció lo siguiente: “Porque el presidente de la República, escúcheme bien, no es sólo el jefe del Poder Ejecutivo, es jefe de todo el Estado ecuatoriano y el Estado ecuatoriano es Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral, Transparencia y Control Social, superintendencias, Procuradorías, Contraloría, todo eso es el Estado ecuatoriano”¹⁸⁷. (sic)

En algunos casos concernientes al tema que nos ocupa, “[...] los dirigentes indígenas y campesinos de Ecuador han sido objeto de una serie de medidas que afectan a su derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión. Contra ellos se han utilizado cargos infundados, enjuiciamientos penales, detenciones arbitrarias y rigurosas condiciones de fianza, en un intento de desalentarles de manifestar su oposición a las leyes y políticas gubernamentales”¹⁸⁸. Algunos de estos dirigentes indígenas como Delfín Tenesaca o Marlon Santi, que protestaron y manifestaron su descontento en contra de la Ley de Aguas y Ley de Minería en Ecuador, por las cuales nunca se ejerció la consulta previa a los pueblos y nacionalidades indígenas, fueron detenidos arbitrariamente y sometidos a procesos penales injustos, siendo acusados de sabotaje y terrorismo y limitándose su

¹⁸⁷ Palabras pronunciadas por el presidente de la República del Ecuador, Rafael Correa Delgado, el 07 de marzo de 2009 en el Coliseo Abel Jiménez de la ciudad de Guayaquil, durante un enlace sabatino.

¹⁸⁸ Amnistía Internacional; “*Para que nadie reclame...*”, *op.cit.*, p. 10.

derecho a la libertad de expresión, so pretexto de que no se podían manifestar sobre asuntos de carácter normativo y político.

Delfín Tenesaca, por ejemplo, menciona que: “no es sólo el manejo de acusación de terroristas. Nos acusan de ser corruptos, de que somos inmorales, terroristas, ignorantes, de que somos infantiles [...] de que somos vieja guardia. De todo nos están acusando, con el objetivo de minimizar [nuestras reclamaciones] y [poner] a la ciudadanía en contra al movimiento indígena y de los dirigentes”. [...] Solamente es para atemorizar, solamente es para callar, solamente es para impedir nuestra libertad de expresión, pero también no quieren escuchar nuestras demandas, que son la reivindicación sobretodo de nuestros derechos: el derecho al agua, el derecho a la tierra y a los territorios ancestrales, el derecho a reclamar y exigir el respeto a la biodiversidad [...]. La Constitución [de Ecuador] y los Convenios internacionales exigen que tenemos que ser consultados, y nosotros nunca hemos sido consultados”¹⁸⁹.

Este caso ejemplifica muy bien la afectación de la protesta social al ejercicio de la libertad de expresión tanto en su dimensión individual como social. Este tipo de restricciones, afectan a la participación democrática de los individuos en una comunidad política. En el caso de la actuación del Estado ecuatoriano frente a la protesta ejercida por Delfín Tenesaca y otros dirigentes indígenas, se irrumpe contra la Carta Democrática Interamericana, misma que dispone que: “La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”¹⁹⁰. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha señalado que: “[l]a libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”¹⁹¹.

Su homóloga en Europa, la Corte Europea de Derechos Humanos no ha escatimado esfuerzos en recordar que: “[...] la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y

¹⁸⁹ Pronunciamientos del dirigente indígena Delfín Tenesaca, recogidos en: Amnistía Internacional; “*Para que nadie reclame...*”, *op.cit.*, pp. 2 y 13.

¹⁹⁰ Carta Democrática Interamericana, aprobada durante el Vigésimo octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Organización de Estados Americanos (OEA), 11 de septiembre de 2001, en la ciudad de Lima, Perú. Art. 6.

¹⁹¹ Vid., Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC 5/85*, Serie A, No. 5, del 13 de noviembre de 1985, párr. 69.

para el desarrollo personal de cada individuo. Dicho derecho no solo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue”¹⁹².

Por su parte, si se compara el caso ecuatoriano con el caso guatemalteco en que los ciudadanos de ese país pedían la renuncia del presidente Otto Pérez Molina, se puede desprender una reflexión casi de manera inusitada: ¿qué relación tienen estos dos casos? Y aparentemente parecería que ninguna, pero no es del todo cierto. En Guatemala, la gente pudo protestar y reclamar la salida de Otto Pérez Molina por haber estado inmerso en actos de corrupción. Se le increpó públicamente y se pidió su renuncia mediante manifestaciones en las calles. Tal fue la magnitud de la protesta y el reclamo colectivo que incluso el Congreso Nacional de ese país le retiró la inmunidad y lo llamó a juicio político y en la actualidad, está siendo juzgado por actos de corrupción política, lo que lo obligó de dimitir de su cargo. ¿Cómo y por qué sucedió eso? Simple y llanamente se logró porque Guatemala es un Estado decente, donde si bien existe corrupción política, al menos hay separación de poderes y se mantienen ciertas garantías democráticas. En Ecuador eso es impensable e inviable, como se ha señalado, no existe posibilidad de reclamar actos de corrupción y la criminalización de la protesta social está cada vez más arraigada en la sociedad ecuatoriana, y al no existir separación de funciones, no hay límites ni formales ni materiales a la actuación desproporcionada del poder.

¹⁹² Vid., Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), *Caso Scharsach y Noticias Verlagsgesellschaft c. Austria*, Sentencia del 13 de noviembre de 2003, Informe de Sentencias y Decisiones 2003-XI, párr. 29; Corte EDH, *Caso Perna c. Italia*, Sentencia del 6 de mayo de 2003, Informe de Sentencias y Decisiones 2003-V, párr. 39; Corte EDH, *Caso Dichand y otros c. Austria*, Sentencia del 26 de febrero de 2002, párr. 37; Corte EDH, *Caso Lehideux e Isorni c. Francia*, Sentencia del 23 de septiembre de 1998, Informes 1998-VII, párr. 55; Corte EDH, *Caso Barthold c. Alemania*, Sentencia del 25 de marzo de 1985, Serie A, No. 90, párr. 58; Corte EDH, *Caso El Sunday Times c. Reino Unido*, Sentencia del 29 de marzo de 1979, Serie A, No. 30, párr. 65; y, Corte EDH., *Caso Handyside c. Reino Unido*, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, Serie A, No. 24, párr. 49.

2.1.6.2 AFECTACIÓN AL DERECHO DE REUNIÓN. Breve reseña de casos, aumento de regulaciones ilegítimas para controlar las manifestaciones públicas y su contenido, aumento de limitaciones impuestas por los agentes públicos del orden y fuerzas de seguridad e interferencias del Poder Judicial en la penalización per se de las demostraciones en la vía pública

Volviendo a analizar el contexto ecuatoriano, existe un caso respecto del cual se puede perfectamente comprender el alcance de la afectación del derecho de reunión. Empero, antes de empezar con dicho caso, es menester mencionar que “[...] el intercambio de ideas y reivindicaciones sociales como forma de expresión, supone el ejercicio de derechos conexos, tales como el derecho de los ciudadanos a reunirse y manifestar, y el derecho al libre flujo de opiniones e información. Ambos derechos, contemplados en los artículos 19 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los artículos 10 y 11 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en los artículos 9 y 11 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y en los artículos 13 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se constituyen como elementos vitales para el buen funcionamiento del sistema democrático inclusive de todos los sectores de la sociedad”¹⁹³.

El caso en mención se trata de un grupo de 10 jóvenes manifestantes que solían participar en protestas en contra del régimen de Correa en Ecuador y que solían reunirse para debatir respecto de ideas políticas y sobre la situación en general del país. Fueron detenidos arbitrariamente por parte de miembros policiales que allanaron ilegalmente una casa al sur de la ciudad de Quito, en un lugar conocido como Luluncoto, en donde se encontraban reunidos debatiendo ideas políticas. El Estado ecuatoriano consideró que esta reunión tenía fines desestabilizadores y que los jóvenes estaban reunidos planeando estrategias para derrocar al gobierno de turno. Por ello, el caso se judicializó y se pasó a llamar “los 10 de Luluncoto”, y dichos jóvenes permanecieron detenidos en prisión preventiva más allá de lo dispuesto legalmente; fueron privados de su libertad sin pruebas contundentes y se vulneró su derecho de reunión. Claramente, no se cumplió con los estándares internacionales en dicha materia.

La Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, ha mencionado que los Estados no pueden alegar que el restringir el derecho de reunión con fines investigativos esté justificado por ser una medida “necesaria” para el aseguramiento de la seguridad del

¹⁹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Capítulo V, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005, “Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión”, OEA/Ser.L/V/II.124/Doc. 7, 27 de febrero de 2006, párr. 5.

ciudadano y la estabilidad del Estado, puesto que “el adjetivo “necesario” no es sinónimo de “indispensable”, no tiene la flexibilidad de aquellas expresiones tales como “admisible”, “ordinario”, “útil”, “razonable” o “deseable” e implica la existencia de una “necesidad social imperiosa”. Para que las restricciones obedezcan a una necesidad social imperiosa deben ser proporcionadas al interés legítimo perseguido”¹⁹⁴. Esto no se cumplió en el caso del Estado ecuatoriano. Se hizo caso omiso a la consideración de que “[...] el derecho a la libertad de expresión, entonces, debe ser considerado como la ley general y el derecho a la libertad de reunión como la ley especial, en cuanto la expresión de opiniones constituye uno de los objetivos del derecho de reunión pacífica”¹⁹⁵.

Un último caso, ya en el marco del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, que resulta interesante para ver la afectación al derecho de reunión y a la protesta social, es el de Kivenmaa contra Finlandia. En dicho caso, la señora Auli Kivenmaa, “el 3 de septiembre de 1987, con ocasión de la visita de un Jefe de Estado extranjero y de su reunión con el Presidente de Finlandia, la peticionaria participó en un incidente en el que unos 25 miembros de su organización (Organización Juvenil Democrática Social), entre una multitud mayor, se agruparon frente al palacio presidencial en que estaban reunidos los dirigentes políticos mencionados, distribuyeron volantes y alzaron una pancarta en la que se criticaba la actuación del Jefe de Estado visitante en el terreno de los derechos humanos. La policía retiró inmediatamente la pancarta y preguntó quién se hacía responsable de ella. La peticionaria se identificó y posteriormente fue acusada de haber violado la Ley de Reuniones Públicas por haber celebrado una "reunión pública" sin notificarlo previamente a las autoridades”¹⁹⁶.

El Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), al tener que decidir sobre el caso en mención, “sostuvo que el Estado de Finlandia había violado el derecho a la libertad de expresión de la peticionaria en cuanto el Estado no había invocado una ley que le permitiera restringir la libertad de expresión de la peticionaria y tampoco había probado que la restricción era necesaria para salvaguardar alguno de los

¹⁹⁴ Vid., Corte EDH, *Caso Sunday Times c. Reino Unido*, Sentencia del 26 de abril de 1979, Serie A, No. 30, párr. 62.

¹⁹⁵ Vid., por ejemplo, Corte EDH, *Caso Vogt c. Alemania*, Sentencia del 26 de septiembre de 1995, Serie A, No. 323, párr. 64; y, Corte EDH, *Caso Rekvényi c. Hungría*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, Informe de Sentencias y Decisiones 1999-III, párr. 58.

¹⁹⁶ Vid., Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), *Caso Kivenmaa c. Finlandia*, Decisión del 10 de junio de 1994, disponible en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/> (Último acceso 08/10/2015, 17:24). Comunicación No. 412/1990: Finlandia. 10/06/94. CCPR/C/50/D/412/1990 (jurisprudencia).

intereses protegidos por el párrafo 2 del artículo 19 del Pacto¹⁹⁷. Es decir, el requisito de notificación previa de una manifestación se podría establecer por motivos de seguridad nacional o seguridad pública, orden público, protección de la salud y la moral públicas o los derechos y libertades de los demás, pero en el caso la restricción no se había impuesto por ninguno de esos motivos”¹⁹⁸.

En este caso, se puede apreciar que muchas veces los Estados –y así procedió Finlandia a hacerlo– confunden la notificación con la autorización expresa que supuestamente debe darse por parte de las autoridades para que una manifestación pública se lleve a cabo. Las mismas prácticas también ocurren en Ecuador. En el contexto americano, empero, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado respecto a la notificación como requisito previo para realizar manifestaciones públicas, lo siguiente:

“La exigencia de una notificación previa a la manifestación no vulnera ni el derecho a la libertad de expresión ni el derecho a la libertad de reunión. [...] Sin embargo, la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales. Es decir, un agente no puede denegar un permiso porque considera que es probable que la manifestación va a poner en peligro la paz, la seguridad o el orden públicos, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la manifestación (hora, lugar, etc.). Las limitaciones a las manifestaciones públicas solo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes, no bastando un peligro eventual”¹⁹⁹.

El que se confunda notificación con permiso obligatorio evidentemente vulnera el derecho de resistencia y las libertades de expresión, reunión y asociación inmersas en la facultad plena, consciente y activa de ejercer la protesta social. En el caso ecuatoriano, por ejemplo, la Constitución de 2008 (vigente), reconoce el derecho de resistencia en su artículo 98, cuando señala que: “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o

¹⁹⁷ El Artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) expresa: “*Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás*”.

¹⁹⁸ Vid., Comité DH, *Caso Kivenmaa c. Finlandia*, Decisión del 10 de junio de 1994, disponible en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/> (Último acceso: 08/10/2015, 17:45). Comunicación No. 412/1990: Finlandia. 10/06/94. CCPR/C/50/D/412/1990 (jurisprudencia), párrafo 9.2.

¹⁹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Capítulo V, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005, “Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión”, OEA/Ser.L/V/II.124/Doc. 7, 27 de febrero de 2006, párr. 94.

jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”²⁰⁰. Al poner trabas administrativas y sanciones penales con objeto de limitar las manifestaciones y en sí criminalizar la protesta social, lo que se genera es una afectación directa a la participación política. Hay que entender, por tanto, que “la participación de las sociedades a través de la manifestación pública [...], como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho”²⁰¹.

2.1.6.3 LA CRISIS DE LA FUNCIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA Y LA NEGACIÓN DEL DERECHO DE RESISTENCIA

El profesor García Cotarelo, menciona que “[...] las razones que tratan de compatibilizar el marco general de legitimación con el hecho de la desobediencia civil [y del derecho de resistencia] hacen hincapié en el factor ya señalado de que el desobediente civil [o el disidente que resiste y se manifiesta públicamente] no cuestiona el principio de legitimidad en cuyo marco actúa; todo lo contrario, su pretensión es que las normas y actos del gobierno sean conformes a dicho principio de legitimidad. Por lo demás, que esa intención haya de esgrimirse en el ámbito de la conciencia individual, es la obviedad misma”²⁰². El derecho de resistencia entonces viene a ser considerado como “[...] práctica emergente, a cargo de grupos minoritarios de carácter social, económico y político (y no ya solamente étnico o lingüístico), se constituye hoy en el único medio razonable de cambio de las sociedades, pues se ajusta a los nuevos aspectos conflictivos que se han manifestado en la evolución social más reciente: bienestar, crisis, explosión de las comunicaciones, igualdad acentuada, desarrollo económico, agotamiento de recursos naturales, etc.”²⁰³.

Lamentablemente, aún en la actualidad siguen persistiendo prácticas que desde las altas esferas del poder estatal se organizan en función de crear una institucionalización tendiente a crear represión, miedo e incluso un obsesivo control sobre la opinión pública, lo que deja fuera a la disidencia y al diálogo democrático producto de las manifestaciones populares de los movimientos sociales y de quienes ejercen la protesta social²⁰⁴. No existen límites en la actuación del poder público y político que arrebatara a los ciudadanos el derecho a poder

²⁰⁰ Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, Suplemento del 20 de octubre de 2008, Art. 98.

²⁰¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Capítulo V, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005, “Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión”, OEA/Ser.L/V/II.124/Doc. 7, 27 de febrero de 2006, párr. 91.

²⁰² GARCÍA COTARELO, R.; *Resistencia...*, op.cit., pp. 151-152.

²⁰³ Ibidem., p. 153.

²⁰⁴ Cfr. CALDERÓN, F.; *La protesta social en América Latina...*, op.cit., p. 88.

expresarse libremente y a recibir información por cualquier medio de difusión. Los límites que deberían colocarse como contrapeso a la resistencia y a la libertad de expresión para que no se conviertan en prácticas no institucionales y se abuse del derecho, deben ser – como se ha dicho– interpretados por los jueces, y en mi criterio se debe adjudicar dichos derechos bajo el criterio de que el límite está en el respeto a otros derechos como el honor, la intimidad, la propia imagen, etc. Lo que no puede haber es censura previa ni una captación de la opinión pública hacia un solo punto de vista que dentro de un sistema político puede empezarse a utilizar como verdad oficial e incuestionable, pues eso excluye al pluralismo y no da cabida al disenso y al debate público; cuestiones –estas últimas– que le son saludables a la democracia.

Sin un diálogo democrático efectivo, la crisis de la función de la opinión pública en la deliberación de cuestiones de interés público y social es inevitable e ineludible. En efecto, “[...] sin este diálogo, la democracia pierde su capacidad de generar un poder político legítimo. En primer lugar, cuando la opinión pública no está organizada institucionalmente, permanece en un estado incipiente e ineficaz. En segundo lugar, cuando no hay demandas públicas ni control público, estas mismas instituciones organizativas se vuelven dependientes de formas de poder no democráticas. [...] En el imaginario de la opinión pública –y en importantes sectores de la población– está instalada la necesidad de una lógica de procesamiento de conflictos que combine la búsqueda de resultados concretos con diálogos entre las partes y con participación de los actores en el proceso de resolución del problema. En otras palabras, las personas y los grupos acordarían si la negociación se transforma en resultados y si ellos participan en el proceso de construcción de esos resultados”²⁰⁵.

La resistencia, concebida de esa manera, supone un acto que quebranta públicamente el efecto normativo y de disposición legal que emana del sistema jurídico, político y hasta democrático. Esa publicidad supone poner de manifiesto el clamor social por un cambio en las reglas de juego de la democracia y en los procedimientos a la hora de tomar decisiones de carácter público y político. De ese modo, lo que se genera, como se ha dicho, al ejercer los disidentes el derecho de resistencia es “[...] un acto de quebrantamiento público de la norma por razones de conciencia y por medios pacíficos, con aceptación voluntaria de las sanciones que dicho quebrantamiento lleve. [...] Se reafirma aquí el motivo de la conciencia individual porque, aunque efectivamente es irrelevante, a la hora de refutar el argumento de que tal remisión hace imposible distinguir entre la [resistencia] y la

²⁰⁵ *Ibidem.*, pp. 37 y 147.

desobediencia civil <<interesada>> y <<altruista>>, pues lógicamente, [...] la argumentación en conciencia debe hacerse de un modo discursivo, de forma que pueda resultar comprensible para cualquier otro ciudadano no repleto de prejuicios en contra del punto de vista del [resistente o disidente] y del desobediente civil”²⁰⁶.

Si se niega el derecho de resistencia se elimina la identidad colectiva y los reclamos frente a un cambio y a correctivos en el sistema político y democrático y no se da la posibilidad a los agentes sociales participantes en una comunidad política de crear su propia opinión pública acerca de cuestiones de interés público y social. Pero también puede darse una crisis de la opinión pública, cuando aun ejerciéndose la protesta social y el derecho de resistencia, el quebrantamiento de la norma o del sistema no se lo hace de manera pública sino en secreto, lo cual llevaría a desconfigurar la esencia misma de la resistencia. De ahí la importancia de que “el quebrantamiento debe ser público. El recurso a la conciencia y su apelación al tribunal del derecho natural da a la [resistencia] y a la desobediencia civil una fuerza ejemplificadora que, a su vez, arranca del hecho de su publicidad. Un quebrantamiento de la norma realizado en secreto, no solamente inspiraría sospechas en cuanto a su fundamentación moral, sino que, además, perdería todo su valor simbólico”²⁰⁷.

Para asegurar, por tanto, la buena conducción de las manifestaciones públicas en una comunidad política y la formación de debates amplios y abiertos que fomenten la participación y la formación de una opinión pública plural y diversa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por ejemplo, ha recomendado que los Estados implementen medidas tales como:

“a) la implementación de mecanismos para prohibir de manera efectiva el uso de la fuerza letal como recurso en las manifestaciones públicas; b) la implementación de sistemas de registro y control de municiones; c) la implementación de un sistema de registro de las comunicaciones para verificar las órdenes operativas, sus responsables y ejecutores; d) la promoción de la identificación personal con medios visibles de los agentes policiales que participen de los operativos de control de orden público; e) la promoción de espacios de comunicación y diálogo previo a las manifestaciones, y la actuación de funcionarios de enlace con los manifestantes, para coordinar el desarrollo de las acciones de manifestación y protesta y los operativos de seguridad pública evitando situaciones de conflicto; f) la identificación de responsables políticos a cargo de los operativos de seguridad en las marchas, en especial cuando existan marchas programadas o conflictos sociales

²⁰⁶ GARCÍA COTARELO, R.; *Resistencia...*, op.cit., p. 154.

²⁰⁷ *Ibidem*.

prolongados, o circunstancias que hagan prever riesgos potenciales para los derechos de los manifestantes o terceras personas, a fin de que estos funcionarios estén encargados de controlar el operativo en el terreno, y hacer cumplir estrictamente las normas sobre uso de la fuerza y comportamiento policial; g) el establecimiento de un sistema de sanciones administrativas para las fuerzas policiales con instructores independientes y participación de las víctimas de abusos o actos de violencia; y, h) adoptar medidas para impedir que los mismos funcionarios policiales o judiciales (jueces o fiscales) involucrados directamente en los operativos estén a cargo de investigar irregularidades o abusos cometidos en su desarrollo”²⁰⁸.

2.2 ¿POR QUÉ DEBEMOS RESISTIR?

Recorriendo un poco las páginas de un excelente libro, *La resistencia*, del escritor y ensayista argentino Ernesto Sábato, se ha de encontrar una reflexión muy profunda que ciertamente ayuda en la respuesta a la pregunta que la conciencia moral de cada individuo dentro de una comunidad política siempre interroga, en algún momento cuando no están conformes con algo, y les dice a *sotto voce*: ¿por qué debemos resistir?, y la misma dice lo siguiente:

“Hay días en que me levanto con una esperanza demencial, momentos en los que siento que las posibilidades de una vida más humana están al alcance de nuestras manos. Éste es uno de esos días. [...] Les pido que nos detengamos a pensar en la grandeza a la que todavía podemos aspirar si nos atrevemos a valorar la vida de otra manera. Nos pido ese coraje que nos sitúa en la verdadera dimensión del hombre. Todos, una y otra vez, nos doblegamos. Pero hay algo que no falla y es la convicción de que —únicamente— los valores del espíritu nos pueden salvar de este terremoto que amenaza la condición humana. En el vértigo no se dan frutos ni se florece. Lo propio del vértigo es el miedo, el hombre adquiere un comportamiento de autómatas, ya no es responsable, ya no es libre, ni reconoce a los demás. Se me encoge el alma al ver a la humanidad en este vertiginoso tren en que nos desplazamos, ignorantes atemorizados sin conocer la bandera de esta lucha, sin haberla elegido. [...] El hombre no se puede mantener humano a esta velocidad, si vive como autómatas será aniquilado. [...] todo es temible y desaparece el diálogo entre las personas. Lo que nos decimos son más cifras que palabras, contiene más información que novedad. La pérdida del diálogo ahoga el compromiso que nace entre las personas y que puede hacer

²⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124/Doc. 5 rev. 1, 7 de marzo de 2006, párr. 68.

del propio miedo un dinamismo que lo venza y les otorgue una mayor libertad. Pero el grave problema es que en esta civilización enferma no sólo hay explotación y miseria, sino que hay una correlativa miseria espiritual. La gran mayoría no quiere la libertad, la teme. El miedo es un síntoma de nuestro tiempo. [...] La mayoría de la humanidad es empleada de un poder abstracto”²⁰⁹.

Y es que hay que resistir frente al miedo que impone sobre los individuos un poder político tiránico y arbitrario; hay que resistir frente a un sistema político injusto y poco democrático; hay que resistir frente a las desigualdades sociales; hay que resistir frente a modelos económicos sin responsabilidad social; hay que resistir a la intolerancia; hay que resistir a la negación de la libertad de disenso y a la negación de libertad de conciencia; hay que resistir en suma, a todas las formas de marginación y opresión.

Toda colectividad civilizada, en ese sentido, “[...] propugna la existencia de unos ciudadanos maduros razonantes, capaces de decidir de modo autónomo sus destinos. Es el muy conocido ideario ilustrado. Pero, al mismo tiempo, ninguna colectividad civilizada que pretenda seguir siéndolo puede abandonar al ámbito de la conciencia individual la decisión de obedecer o no a los mandatos del poder. En estas condiciones, la acción política reside en encontrar un punto intermedio entre el orden racional de la ley igual para todos y el ejercicio de las facultades íntimas de enjuiciamiento moral de la norma”²¹⁰. Surge así, la figura del hombre rebelde: ora en la posibilidad de clamar su voz hacia un sistema más justo y más democrático; ora en la expresión popular y el sentimiento por lograr identidades colectivas que promuevan la tolerancia; ora en recrear espacios públicos más participativos; ora en hacer de las decisiones sobre asuntos de interés político y social unas de carácter más deliberativo; ora en buscar a través de ideas, debates y diálogos la verdadera negociación ante intereses opuestos y resolver conflictos; ora en recuperar el espacio democrático cedido al poder político y olvidado por los ciudadanos.

Albert Camus dijo, –refiriéndose a los disidentes y a los que resisten frente a falsas revoluciones y aberrantes sistemas políticos, que existen ciertos políticos que creyéndose revolucionarios, llevan a sus pueblos al ostracismo de guerras civiles, dictaduras o debilitamientos inusitados del Estado de derecho–, que “el revolucionario es al mismo tiempo rebelde o ya no es revolucionario, sino policía y funcionario que se vuelve contra la rebelión. Pero si es rebelde, termina alzándose contra la revolución. Por lo tanto, no hay progreso de una actitud a otra, sino simultaneidad y contradicción que crece sin cesar. Todo

²⁰⁹ SÁBATO, E.; *La resistencia*, Buenos Aires, Planeta / Seix Barral, 2000, pp. 7, 70-71.

²¹⁰ GARCÍA COTARELO, R.; *Resistencia...*, *op.cit.*, p. 17.

revolucionario termina siendo opresor o hereje”²¹¹. Queda claro, entonces que frente a eso es a lo que debemos resistir, como una manera de construir acciones colectivas a través de políticas constructivistas que logren oxigenar los corrompidos sistemas democráticos y devolverles la credibilidad y la legitimidad.

2.2.1 HACIA UNA TRANSFORMACIÓN PLURALISTA DE LA SOCIEDAD

La negación muchas veces del derecho de resistencia y de la protesta social en sí misma ha generado un consecuente desplazamiento de la conciencia moral que ha sido captado cada vez con más fuerza por la política. Y es que el debilitamiento democrático en la esfera pública ha sido producto de “[...] la falta de un debate propiamente “agonístico” alrededor a posibles alternativas al orden hegemónico existente”²¹². Se desarrolla así, el término *pluralismo agonístico*, acuñado por la profesora Chantal Mouffe, mediante el cual argumenta que “[...] una vez que reconocemos la dimensión de “lo político” comenzamos a darnos cuenta de que uno de los principales desafíos para la política democrática consiste en la domesticación de la hostilidad y en la tentativa de desactivar el antagonismo potencial existente en las relaciones humanas”²¹³.

Menciona además que el *pluralismo agonístico* es importante puesto que lo que busca la política no es cómo arribar a un consenso racional y sin exclusiones, y sostiene que “[...] la cuestión crucial para la política democrática es, entonces, cómo establecer esta distinción nosotros/ellos –que es constitutiva de la política– de un modo tal que sea compatible con el reconocimiento del pluralismo. El conflicto en las sociedades democráticas no puede y no debería ser erradicado, puesto que la especificidad de la democracia moderna reside, precisamente, en el reconocimiento y la legitimación del conflicto. Lo que la política democrática requiere es que los otros no sean vistos como enemigos a ser destruidos sino como adversarios cuyas ideas serán combatidas, incluso de modo virulento, pero cuyo derecho a defenderlas nunca será puesto en cuestión. Para decirlo de otro modo, lo importante es que el conflicto no adopte la forma de un “antagonismo” (enfrentamiento entre enemigos) sino la forma de un “agonismo” (enfrentamiento entre adversarios). Podríamos afirmar que el objetivo de la política democrática consiste en transformar el antagonismo potencial en agonismo”²¹⁴.

²¹¹ CAMUS, A.; *El hombre rebelde*, trad. de Luis Echávarri, 9ª ed., Buenos Aires, Losada, 1978, p. 231.

²¹² MOUFFE, C.; “Democracia y pluralismo agonístico”, artículo publicado en: *Revista Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, No. 12, 2006, pp. 17-27, 18.

²¹³ *Ibidem.*, p. 21.

²¹⁴ *Ibidem.*

Los resistentes y disidentes, por tanto, dentro de un proceso diametralmente dialógico y deliberativo, y comunicacionalmente pluralista, no pueden ser vistos como enemigos sino más bien como individuos dentro de la comunidad política que poseen intereses y pensamientos contrarios a una cierta generalidad que los confronta. Esto permitirá avanzar hacia una transformación pluralista de la sociedad, puesto que de lo contrario se esperará una sociedad monolítica y automática ajustada a discursos preconcebidos en donde la participación no tenga asidero público ninguno.

2.2.2 RAZONES (CONSTITUCIONALES) PARA RESISTIR

A la hora de reconocer el alcance constitucional y moral del derecho de resistencia, también habría que preguntarse si realmente las constituciones y el constitucionalismo sirven de baluartes para poner límites a la actuación del poder político y a las acciones de las instituciones legitimadas por el sistema democrático y político. Limitar los efectos perversos de una mayoría tiránica, o de poderes económicos y políticos que pretenden poner en regresión a la sociedad o comunidad política, colocándolos nuevamente en un Estado de naturaleza es algo que hay que evitar y por lo cual se hace extremadamente pertinente resistir en defensa y conservación de la Constitución²¹⁵.

La defensa y conservación de la Constitución –objeto mismo del derecho de resistencia– se basa en precautelar la existencia “[...] bien de sus normas válidas y efectivas, bien de aquellas válidas pero total o parcialmente ineficaces, [y] puede ser una vía practicable para reconstitucionalizar el mercado salvaje, para limitar, devolviéndolo al cauce constitucional, al poder económico por la misma vía que al político y al ideológico”²¹⁶. En consecuencia, se ha llegado a tocar el tema del poder económico también, porque aparte del poder político y del ideológico que se ha venido analizando, éste influye mucho a la hora de ejercerse la protesta social por parte de manifestantes dentro de una comunidad política. En algunos casos, la mayoría de esos manifestantes, pueden ser personas de escasos recursos económicos que ven en la resistencia y protesta social la única salida a sus reclamos y con la que pueden al menos alcanzar a que sus necesidades básicas insatisfechas sean escuchadas por alguien y se puedan tomar correctivos al respecto.

Tratar de conseguir que a través de la resistencia el constitucionalismo logre imponer límites y contrapesos a todos los poderes no es tarea fácil, pero sí que es una razón más –de carácter constitucional– para ejercer la protesta social y el derecho de resistencia. Sobre

²¹⁵ Cfr. VITALE, E.; *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, trad. de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Trotta, 2012, p. 74.

²¹⁶ VITALE, E.; *Defenderse del poder...*, op. cit., p. 74.

esto, Luigi Ferrajoli hace un análisis entre la distinción de derechos fundamentales y derechos patrimoniales y dice:

“La primera diferencia [...] reside en el hecho de que los derechos fundamentales –de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los políticos y sociales– son derechos ‘universales’, en el sentido lógico de que pertenecen igualmente a todos sobre la base de la simple identidad de cada uno como persona y/o ciudadano y/o capaz de obrar; mientras que los derechos patrimoniales –del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito– son derechos ‘singulares’, en el sentido igualmente lógico de cuantificación existencial de sus titulares, en virtud de la cual para cada uno de ellos existe un titular o varios cotitulares determinados, con exclusión de todos los demás. Los primeros son por ello inclusivos, mientras que los segundos son exclusivos, o sea *excludendi alios*. [...] Por lo tanto], a diferencia de los derechos patrimoniales, que aparecen como alienables, negociables y transigibles, los derechos fundamentales [...] son *indisponibles*, o sea, están sustraídos al mercado, y son de distinto modo *inderogables*, según sea su rango constitucional o legislativo, por las decisiones públicas. Concretamente, en razón de su *indisponibilidad*, no son alienables por el sujeto titular: no puedo vender mi libertad personal, o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual. En virtud de su *inderogabilidad*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, empezando por el Estado; ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de los propios derechos de autonomía”²¹⁷.

Indudablemente, siguen existiendo en la actualidad –en las sociedades contemporáneas– ciertos conflictos de intereses de carácter inevitable que “[...] se presenta entre la razón social del servicio público, que es el interés general de la colectividad y de los usuarios, titulares de derechos fundamentales, no lo olvidemos, por un lado, y la finalidad de lucro propia de la empresa privada, por el otro. Para esta última los servicios que implican pérdidas o que tienen escasas ganancias deben ser abandonados o en todo caso reducidos al mínimo, incluso cuando esto se hace a expensas de la efectiva igualdad de los individuos en los derechos fundamentales y en el interés de la colectividad”²¹⁸.

Pueden existir aún más razones para resistir, consecuentemente, cuando “[...] la privatización alcanza a las funciones coercitivas, la gestión de las cárceles por ejemplo, de

²¹⁷ FERRAJOLI, L.; *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, pp. 719-720.

²¹⁸ VITALE, E.; *Defenderse del poder...*, op. cit., p. 77.

la policía y de los militares”²¹⁹ y esta equivale, en palabras de Ferrajoli, a “[...] una regresión premoderna y a una disolución de la esfera pública en sus competencias más clásicas y elementales. [...] El paradigma constitucional impone además un límite insuperable, de hecho ampliamente desatendido, a las privatizaciones de los servicios públicos. Allí donde tales servicios incidan sobre derechos fundamentales o comporten el ejercicio de funciones coercitivas o constrictivas –como la escuela, la sanidad, el orden público, las funciones de la policía y de defensa, las cárceles, la administración tributaria y todas las distintas prestaciones del estado social–, su privatización es incompatible con su pertenencia a la esfera pública y con la universalidad, la inderogabilidad y la indisponibilidad de los derechos afectados”²²⁰.

2.2.3 MÉTODOS DE RESISTENCIA

Existen algunos métodos en torno a la resistencia que pueden ser útiles al momento de buscar consolidar correctivos al sistema político y democrático con miras a volverlo más deliberativo y participativo. El primero de ellos, aunque más que método vendría a ser una adopción de conducta, implica que el agente social o individuo dentro de una comunidad política acepte ser un conservador de la Constitución y confronte públicamente a los conservadores políticos. Para una mejor comprensión entre estos dos términos, el profesor Ermanno Vitale en su obra, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, menciona que: “[...] el <<conservador de la Constitución es aquel que actúa –y en el caso extremo en que se hayan agotado todas las posibilidades de oposición legal, resiste– teniendo como objetivo la defensa de los principios y las normas constitucionales cuando considera que estas se encuentran seriamente amenazadas o ya subvertidas, no solo por una evidente abrogación sino también con formas debilitadoras o desgastadoras que perjudican su íntegra actuación en el ordenamiento jurídico o en la realidad social. En cambio, el <<conservador político>>, o en la política, es aquel que, en el respeto de la Constitución, esto es, de aquellas materias que la Constitución de un Estado democrático pone a disposición y deja a la deliberación y a la decisión del Parlamento y de la dirección política del gobierno, hace propuestas y, si es apoyado por la mayoría, produce normas tendentes, en principio, a tutelar valores tradicionales e intereses consolidados”²²¹.

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ FERRAJOLI, L.; *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, p. 254.

²²¹ VITALE, E.; *Defenderse del poder...*, op. cit., p. 32.

Otro método es el de promover la abolición del tirano, actuación que mediante la resistencia y el cambio en la forma de gobernanza (que puede ser incluso por la vía de facto cuando no hay garantías democráticas e institucionales para hacerlo por la vía legal e institucional dentro de un orden legalmente constituido pero degenerado), viene precedida por la distinción que se da a quien ostenta el poder político, que puede ser un tirano sin título —que actúa al margen de toda potestad constitucional, normativa y reglamentaria— y ejerce sus funciones de mando y dirección de una comunidad política de manera totalmente arbitraria y sin estar legitimado política y democráticamente para ello, o en su caso, es decir un sujeto que se declara dictador a nombre y representación propia y que no ha sido elegido democráticamente, y un tirano con título “[...] el que es titular legítimo del poder político pero que lo ejerce violando evidente y reiteradamente el pacto con el pueblo por el que se comprometió a gobernar <<con justicia y de acuerdo a las leyes>>”²²². La justificación, entonces, de este método de resistencia —la del tirano con título —*quoad exercitium*— “[...] se fundamenta en la otra mitad del argumento de la igualdad natural según la cual todos tenemos defectos intelectuales y morales”²²³. Como bien señala Stephanus Junius Brutus, “[...] por un lado, ningún gobernante es un Dios infalible, y por otro, ningún gobernante puede reinar en un Estado si trata a sus súbditos <<como si fueran bestias brutas, porque es un hombre hecho de la misma carne y de la misma sangre de los demás>>. Solo cuando sea evidente que el príncipe <<pisotea malvadamente todos los derechos y deberes>>, y actúa de manera sistemática en contra de las normas fundamentales con las que debería gobernar a la colectividad, entonces, podrá ser considerado un tirano”²²⁴.

En circunstancias en que la situación política y democrática de una sociedad o comunidad política se agrava y se sale fuera de control, se puede recurrir a una especie de supremacía entre individuos y pueblos con la finalidad de dar conducción a esa sociedad. Esto puede dar lugar a una resistencia enmarcada en una violencia estructural, que no es deseable pero que, a la final, también es un método de resistencia no pacífica. Sin embargo, usar métodos de resistencia violenta “[...] representa una doble trampa teórica y práctica que debe evitarse. En primer lugar, se trata de una opción que legitima la respuesta violenta del Estado y que refuerza sus pulsiones autoritarias, con lo que la derrota de los resistentes aparece como un hecho irreparable; en segundo lugar, es un camino de resistencia que, en caso de tener éxito, se expone al fuerte riesgo de obtener resultados paradójicamente jacobinos, que se resolverían en un estado de excepción y una *leadership*, más militar que

²²² JUNIUS BRUTUS, S.; *Vindiciae contra tyrannos. Il potere legittimo del principe sul popolo e del popolo sul principe*, Turin, La Rosa, 1994, p. 133.

²²³ VITALE, E.; *Defenderse del poder...*, op. cit., p. 113.

²²⁴ JUNIUS BRUTUS, S.; *Vindiciae contra tyrannos...*, op. cit., p. 155.

política, incapaz de encauzarse entre los márgenes de la Constitución que se pretendía restablecer”²²⁵.

Finalmente se apuesta, hoy en día, más por una resistencia constitucional o por formas de resistencia no violentas. La resistencia constitucional, que será analizada con más detalle en el capítulo siguiente de esta investigación, no solamente busca defender y conservar la Constitución, sino también dotar al constitucionalismo de procedimientos y garantías que surjan de la idea de que las luchas sociales y populares de la modernidad son para mantener vigente “[...] <<el tiempo de los derechos>>; [lo que constituye] una marcha progresiva, aunque nunca acabada, hacia una vida nacional e internacional basada en los ideales de la paz, de los derechos y de la democracia”²²⁶.

Los métodos de resistencia no violenta: el diálogo participativo, los debates públicos, las mesas de negociación, etc., parten de “[...] una estrategia de gestión de los conflictos humanos orientada a favorecer la búsqueda cooperativa de la verdad mediante métodos de lucha que promueven la comunicación, la confianza, el diálogo entre las partes involucradas en el conflicto. [...] La no violencia, en el campo de la acción social, [es vista] como una estrategia de transformación de los conflictos antagónicos, violentos y destructivos o potencialmente tales, en conflictos no antagónicos, no violentos y constructivos”²²⁷.

²²⁵ VITALE, E.; *Defenderse del poder...*, op. cit., pp. 123-124.

²²⁶ Ibidem., p. 124.

²²⁷ PONTARA, G.; *L'antibarbarie. La concezione etico-politica di Gandhi e il XXI secolo*, Turín, Gruppo Abele, 2006, p. 204.

CAPÍTULO 3. FORTALECER LA PROTESTA SOCIAL Y EL DERECHO DE RESISTENCIA

“[...] si uno acepta el proceso constituyente como un proceso de imposición que cierra la deliberación, entonces la ilegitimidad de la forma constitucional me parece palmaria e irresoluble. Ahora bien, si uno ve el proceso constituyente como el origen de una práctica constitucional orientada por principios y valores tal conclusión ya no es obvia. Ello es así porque la acción social orientada por principios y valores aceptados es una acción orientada hacia el futuro”.

(Josep Aguiló Regla, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”)

La frase de Josep Aguiló que introduce el presente y último capítulo de esta investigación pone de relieve una premisa básica: hay que resistir para conquistar un poder equilibrado y controlado por la acción cívica y ciudadana, por la rendición de cuentas, por los pesos y contrapesos en la institucionalidad democrática y definido por valores y principios que emanan de la propia Constitución a la que se debe defender para garantizar la vigencia de un orden democrático justo, deliberativo y que fortalezca y no debilite al Estado de Derecho. Pero, ¿cómo fortalecer la protesta social y la resistencia frente a un poder desmedido, descomunal, arbitrario y que no da tregua al diálogo y al disenso? Considero que la respuesta está en entender que tanto el constitucionalismo como el Derecho en sí cumplen una función liberadora. Frente a la opresión y la dominación; frente al miedo y el sometimiento; frente a la injusticia y a la corrupción; y, frente a la falta de garantías en la promoción y respeto por los derechos fundamentales pasan a transformarse en elementos o herramientas revolucionarias que lo que intentan es desterrar o desnaturalizar de la comunidad política y social aquel *fetichismo de poder*; ése que describe muy bien Enrique Dussel cuando afirma que: “[...] consiste en que el actor político –que bien puede ser el representante de una comunidad política o un grupo reducido de miembros de esa comunidad– cree poder afirmar a su propia subjetividad o a la institución en la que cumple su función... como la *sede* o la *fuentes* del poder político”²²⁸.

Consecuentemente, el control y poder ciudadano –mediante la resistencia y la protesta social– surgen como se ha venido describiendo en los capítulos anteriores como un límite a la actuación del poder público y político y como herramientas de cauce democrático para el correctivo inmediato en la estructura y organización de un determinado sistema político. La situación del *fetichismo de poder* genera de manera eminente la justificación respecto al derecho de resistencia y a la protesta social desde una política constructivista, puesto que uno y otra se constituyen “[...] en fuente de derechos ya que se asientan radicalmente en la

²²⁸ DUSSEL, E.; *20 Tesis de Política*, México, Siglo XXI, 2006, p. 13.

unidad de un derecho originario que tienen todos los pueblos; si se quiere: el derecho a la vida-revolucionaria”²²⁹. La urgencia de resistir frente a los abusos del poder y frente a la degeneración democrática surge, entonces, para poner freno a esa necesidad fetichista en que se “[...] desvía el “poder de” (lo positivo de la potencia –o potencial que adquiere el poder político controlado por la voluntad soberana del pueblo o comunidad política–) en el proceso de institucionalización hacia el “poder sobre” de una dominación que atenta contra la legitimidad de origen (el pueblo) y la de fundamento (la vida). En efecto el fetiche es la inversión del poder que, además, envilece al representante y produce la dominación en una sociedad a partir de la “Voluntad de Poder” del representante ejercida contra el pueblo. Para esto el tirano requiere del concurso de otras fuerzas contrarias al poder popular [...] que avalan ese despotismo”²³⁰.

Frente a esa situación aparece la necesidad de fortalecer la protesta social y el derecho de resistencia entendiendo, sobre todo, como bien señala José Martí, que: “hay hombres que viven contentos aunque vivan sin decoro. Hay otros que padecen como en agonía cuando ven que los hombres viven sin decoro a su alrededor. En el mundo ha de haber cierta cantidad de decoro, como ha de haber cierta cantidad de luz. Cuando hay muchos hombres sin decoro, hay siempre otros que tienen en sí el decoro de muchos hombres. Esos son los que se rebelan con fuerza terrible contra los que le roban a los pueblos su libertad, que es robarles a los hombres su decoro. En esos hombres van miles de hombres, va un pueblo entero, va la dignidad humana”²³¹. Y es que, justamente, esa transformación social, ese derecho a mutar de esencia y estructurar y organizar mejor una sociedad tiene que ver con la capacidad de autodeterminación pero también con entender que el poder constituyente originario, del cual emana la construcción social (el pacto o acuerdo social) es el que debe mantenerse como proceso constitutivo de un ordenamiento jurídico y político que tiene por objeto regular y poner límites a la forma de gobierno dentro de una determinada comunidad política y al ejercicio del poder, utilizando como contrapeso y efecto resistente a los derechos fundamentales que éste debe proteger y garantizar.

Ese derecho de transformación social que tiene una comunidad política para corregir y estructurar de mejor manera su organización jurídica y política tiene que ver con lo que

²²⁹ SALAMANCA, A.; *El Derecho a la Revolución. Iusmaterialismo para una política crítica*, San Luis Potosí, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí / Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, 2006, p. 8.

²³⁰ RETAMOZO, M.; “Enrique Dussel: Hacia una Filosofía política de la Liberación. Notas en torno a 20 tesis de política”, artículo publicado en: *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 12, núm. 16, Maracaibo, marzo, 2007, pp. 107-123, 114.

²³¹ MARTÍ, J.; “Tres Héroes: La Edad de Oro”, en: MARTÍ, J.; *Obras Completas*, vol. 18, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1991, p. 305.

Kant denomina *metafísica de las costumbres*, por medio de la cual se entiende que los agentes sociales que participan en una comunidad política permanentemente toman decisiones respecto a un cambio en el modelo social y político en el que se ven inmersos, toda vez que lo que se busca es que dichos agentes sociales no vuelvan o permanezcan en un estado de naturaleza, sino que consoliden acuerdos a través del disenso y el diálogo político. Consecuentemente, esa decisión de transformación ya no es una decisión libre y pasa a convertirse en una obligación. Kant manifiesta, por ejemplo, que: “Por lo tanto, lo primero que el hombre se ve obligado a decidir (...) es el principio: es menester salir del estado de naturaleza (...) y unirse a todos los demás (...) para someterse a una coacción externa legalmente pública”²³². Empero, el que los agentes sociales de una comunidad política decidan salir de ese estado de naturaleza sombrío y hostil llevaría a reflexionar sobre la legitimidad del poder y cabría ahí una pregunta: ¿quiénes pueden pronunciarse sobre la legitimidad del poder sino son solamente los individuos sometidos a su autoridad? lo que, evidentemente, ratifica lo enunciado por Locke cuando éste manifestaba que para salir del estado de naturaleza hay que someterse a una autoridad; es allí donde el poder constituyente originario se convierte en proceso constitutivo como cuerpo político y como forma de designación de la autoridad política: se reconstruye el pacto social y se oxigena y se da correctivos al sistema político.

En esa tesis kantiana, hay un elemento clave que consiste en entender el postulado de que “[...] el pueblo no sea una entidad con existencia previa e independiente del poder político”²³³, que se inserta *ipso jure* e *ipso facto* en la premisa de que “[...] el pueblo sólo puede constituirse a través de la institución de una autoridad política. Sólo la existencia de una autoridad política capaz de expresar una voluntad única hace posible que una multitud de individuos se convierta en pueblo. En ausencia de esa instancia unificadora, el pueblo no puede existir en cuanto tal”²³⁴.

Esto, a su vez, pone de relieve el ideal kantiano de un Estado de Derecho puro y uniforme, en el que existan los elementos que el profesor Elías Díaz describe muy bien para la configuración y existencia del mismo, que son a saber: a) imperio de la ley; b) división de poderes: ejecutivo, legislativo y judicial; c) fiscalización de la Administración; y, d) protección de derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas y efectiva realización

²³² KANT, I.; *Metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina y Jesús Conill, Madrid, Tecnos, 1989, p. 44.

²³³ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; *La Constitución como proceso...*, *op.cit.*, p. 45.

²³⁴ *Ibidem*.

material de exigencias éticas y políticas²³⁵. Sin embargo, ¿qué pasa cuando dichos elementos no se cumplen y la autoridad no cumple con su mandato y el poder se deslegitima? Frente a ese cuestionamiento, desde un punto de vista kantiano pareciera que no hay una respuesta toda vez que para Kant: “[...] dado que el pueblo para juzgar legalmente sobre el poder supremo del Estado tiene que ser considerado ya como unido por una voluntad universalmente legisladora, no puede ni debe juzgar sino como quiera el actual jefe del Estado [quizá sería mejor traducirlo como <<el soberano actual del Estado>>]”²³⁶. A su vez, dicho autor menciona que “[...] un cambio en la Constitución política (defectuosa), que bien puede ser necesario a veces, sólo puede ser introducido por el soberano mismo mediante reforma, pero no por el pueblo, por consiguiente, no por revolución”²³⁷.

El pensamiento de Kant –a mi juicio– no da cabida a una democracia radical y sustancial; aquélla en que se puede dar un cambio de abajo hacia arriba y donde las minorías también tienen protagonismo en la deliberación y toma de decisiones colectivas dentro de una comunidad política y social. Se impone la regla de mayoría pero no se reflexiona –y al menos así se vislumbra en el pensamiento de Kant– qué sucede cuando tal mayoría se convierte en tiránica, con lo cual se quita la capacidad a los individuos y en especial a las minorías de poder establecer una resistencia, un cambio de abajo hacia arriba en la estructura y organización política, en que se busca mayor diálogo y deliberación y como se ha dicho, cuando ya todo está subvertido y deformado y no hay ni división de poderes ni garantías para el reclamo y satisfacción de los derechos fundamentales, puede operar incluso la revolución.

Quizá, fuera del realismo y pragmatismo político y situándose cada quien en un utopismo por medio del cual se imagina la estructura de un Estado de Derecho perfecto y uniforme; puro, impoluto e incorruptible, se podría albergar la posibilidad de que éste “[...] supone que la actividad de los órganos del poder, establecidos de modo legítimo, esté sujeta a las normas aprobadas de acuerdo con lo determinado por la Constitución Política, o sea, una subordinación al principio de legalidad, pero no a cualquier ley sino a la ley surgida de un procedimiento legítimo y de acuerdo con las pautas constitucionalmente fijadas en el marco democrático”²³⁸, pero hay que reconocer que en muchos de los casos existen Estados

²³⁵ Cfr. DÍAZ, E.; “Estado de derecho y democracia”, artículo publicado en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 19-20, 2001-2002, pp. 201-217, 205-206.

²³⁶ KANT, I.; *Metafísica...*, op.cit., p. 149.

²³⁷ Ibidem., pp. 153-154.

²³⁸ BAZÁN, V.; *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho*, Quito, Fundación Konrad Adenauer Ecuador, 2009, p. 5.

en los que no hay respeto hacia el principio de legalidad y hay falta de garantías e institucionalidad, con lo cual se hace evidente la proclama por un cambio en el sistema político de dichos Estados que admite además la posibilidad de poner límites a la actuación del poder político, puesto que la comunidad política es el resultado de la suma de voluntades individuales que son anteriores a ésta y que tienen una libertad que es incluso anterior a la consolidación del pacto o acuerdo social.

He allí que me inclino por una teoría iusnaturalista más que por una de tipo positivista. Esta última, a mi parecer, ve equivocadamente al pacto social y a la misma Constitución como un mero acuerdo muchas veces escrito y formalizado en que los agentes sociales pasan a ser instrumento de un procedimiento legal institucionalizado y no el fin de la organización social y política. Es decir que, la sujeción del pueblo a una autoridad o representación que toma las decisiones a su nombre, genera una especie de positivación constitucional de reglas y normas contra las cuales sería muy difícil resistir si es que se niega al pueblo la capacidad decisionista y autónoma de cambiar el estado funcional de un sistema político y volverlo más dinámico. Un positivismo estático, que no cree en la existencia autónoma y previa del pueblo (como suma de voluntades individuales) con relación al poder político, difícilmente podrá generar condiciones de cambio sustancial y radical en la forma sistémica en que se toman las decisiones y se ejerce el poder dentro de una determinada comunidad política. Por tanto, “si el pueblo no tiene una existencia independiente, autónoma y previa a la del poder político, entonces no puede tener derecho a resistirse al poder político establecido”²³⁹.

Esa negación del derecho de resistencia, viene dada a su vez por el voluntarismo político por medio del cual la creación de las normas (atribución dada al legislador) y la interpretación de las mismas (atribución dada al juez) no persigue un fin específico ni protege el mínimo ético infranqueable que no puede ser trastocado por la vía de la coacción o la fuerza, ni de la ilegalidad y el arbitrio, sino por el mismo derecho al cual se ajustan los límites morales de los cuales proceden las reglas de juego –reglas de convivencia– en una sociedad democrática²⁴⁰. Por tanto, dotado como puede estar un sistema democrático de legalidad, también tiene que prestar atención a la legitimidad de las decisiones que se vierten en su seno, puesto que como bien señala el profesor Elías Díaz: “[...] en los

²³⁹ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; *La Constitución como proceso...*, *op.cit.*, p. 45.

²⁴⁰ Cfr. PORTELA, J. G.; *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005, p. 229.

sistemas democráticos basados en la soberanía popular se generan valores derivados de la libertad humana, que no se agotan en la mera legalidad”²⁴¹.

En efecto, las decisiones mayoritarias deben respetar el disenso previo y ser el resultado de acuerdos dialógicos y efectivos; plurales, multiculturales, acercando a las minorías a un plano de liberación cognitiva en el cual éstas también puedan expresar sus deseos y voluntades y ver reflejados sus intereses en las decisiones a adoptar. Así, las decisiones que tienen como resultado un consenso dotado de legalidad, también deben partir de pautas de legitimidad, puesto que “[...] tanto por coherencia interna (ética y hasta lógica) del sistema de legitimidad democrática, esas mayorías tendrán siempre que contar y tener muy presentes los intereses, deseos, valoraciones, aspiraciones, exigencias de las minorías, como de todos los individuos”²⁴².

La legitimidad de la regla de mayoría, entonces, introduce un cuestionamiento que debe ser analizado desde la teoría democrática: ¿cómo debe comportarse la conducta de la mayoría en el funcionamiento de un sistema democrático? y para ello, hay que tomar nota de lo dicho por Fernando López Aguilar cuando advierte que: “[...] toda iniciación teórica del significado y sentido de la regla del gobierno de la mayoría en democracia exige, bien a pesar de lo descuidado del tema, prestar paralela atención al significado y sentido de la minoría en democracia”²⁴³. Consecuentemente, lo que interesa es “[...] averiguar las causas de la desviación del comportamiento correcto, que tiene como resultante el que la mayoría no tenga en consideración a las minorías, o viole derechos fundamentales. Más allá de que exista –desde luego–, una causa puramente “formal”, “procedimental”, que se plasma en la aprobación parlamentaria de políticas injustas o en el dictado de normas absolutamente arbitrarias, si se llega a ese punto es porque no se toma en cuenta la realidad misma”²⁴⁴.

Cuando esta violación ocurre y se degenera el sistema democrático bajo la imposición de normas o políticas injustas y arbitrarias, se inserta el voluntarismo político y se trastoca la rigidez de los principios y valores constitucionales y democráticos. De esa manera, “el paralelismo con el procedimiento que lleva a la mayoría a negar todo derecho a la minoría, resulta obvio, pero lo que nos interesa resaltar es que, como consecuencia de ese accionar egoísta, imposible de universalizar, sobrevienen los consecuentes episodios de [resistencia,

²⁴¹ DÍAZ, E.; *De la maldad estatal...*, op.cit., p. 55.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ LÓPEZ AGUILAR, F.; *Minoría y Oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991, p. 24.

²⁴⁴ PORTELA, J. G.; *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil...*, op.cit., p. 230.

protesta social], desobediencia civil o de objeción de conciencia”²⁴⁵. Y es que el voluntarista político (que bien puede ser el legislador, o en su caso, el juez) se caracteriza por “[...] el desprecio por la realidad objetiva; si hay algo que pone de manifiesto el rasgo central del voluntarismo es su tendencia a encerrarse en su propio círculo de representaciones, y pensar –de esa manera– que fuera de esa representación puramente “ideal”, no hay nada...”²⁴⁶.

Este error ocurre –en mi opinión– por pensar que toda ley por el hecho de haber sido aprobada en el Parlamento y luego promulgada y publicada en un registro público y oficial tiene que ser obedecida sin más y que no hay espacio para el cuestionamiento de su aplicación y contenido y de las consecuencias que ésta pueda generar en el tejido social. Muchos dirán: ¿derecho injusto, o derecho nulo? y para resolver dicho dilema hace falta criticar al positivismo radical, ése que considera que la ley es justa por el solo hecho de ser ley. Ya Michel Villey ha expresado que “el positivismo jurídico, al fracasar en la justificación de la autoridad de las leyes positivas, exageró hasta el absurdo el respeto que les debemos”²⁴⁷. La protesta social y el derecho de resistencia, como se ha analizado en los capítulos anteriores encuentran su justificación en la cada vez más frecuente desviación del poder, en que no existe una completa unidad entre los conceptos: política, democracia y poder, sino que más bien hay una amalgama de éstos que se confunde con una regla de mayoría arbitraria, tiránica y desmedida que no confluye su actividad con lo que debería ser un espacio público y político plural y democrático. Esa ruptura es la que marca una urgente necesidad por restablecer las bases de un Estado moderno, constitucional y democrático, en el cual “[...] la esencia del proceso del poder consiste en el intento de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que se encuentran compitiendo dentro de la sociedad estatal, siendo garantizada la debida esfera para el libre desarrollo de la personalidad humana”²⁴⁸.

El fenómeno del poder, por consiguiente, marca irrefutablemente un importante análisis respecto de las implicancias que su desviación o aplicación arbitraria genera en una sociedad estatal. En este análisis, el profesor Jorge Guillermo Portela, citando a Karl Loewenstein, menciona que dicho autor “[...] advierte acerca de la existencia de tres niveles distintos a partir de los cuales puede analizarse el fenómeno del poder, y sus

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ Ibidem.

²⁴⁷ VILLEY, M.; *Consideraciones en pro del Derecho Natural Clásico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 97.

²⁴⁸ LOEWENSTEIN, K.; *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1964, p. 27.

implicaciones en la sociedad estatal, a saber: 1) ¿cómo obtienen los detentadores del poder su ejercicio? Este momento del proceso del poder puede ser designado como la instalación o nombramiento de los detentadores del poder. 2) Una vez obtenido el poder, ¿cómo será ejercido? El campo de esta cuestión abarca la asignación jurisdiccional y distribución de las diferentes funciones relevantes para la vida de la comunidad entre los diversos detentadores del poder. 3) Finalmente, ¿cómo será controlado el ejercicio del poder político por los detentadores –uno o varios– del poder?”²⁴⁹. En el primer estadio en que se desarrolla el poder que es la legitimación de ejercicio, la relación de éste con el derecho tiene que estar – a mi juicio– dada por una regulación social que logre poner límites a la institucionalidad del Estado y controle que entre la capacidad que tiene por ejemplo el legislador de crear normas, también haya una adecuada conducta por medio de la cual las normas sirvan para encaminar el tejido social dentro de una comunidad política y no entorpecerlo. Si las normas no son entendibles y no se ajustan a una determinada realidad social se vulnera la seguridad jurídica y la legitimación de vinculación entre el poder y el derecho.

Por ello, resulta importante que tal legitimación provenga de un modelo de coordinación o integración entre el poder y el derecho, que en palabras del profesor Francisco Javier Ansuátegui Roig es un modelo en que la vinculación de dichas categorías de convivencia social (poder y derecho) “[...] es bidireccional o recíproca. [...] El Ordenamiento existe y permanece gracias al apoyo de un Poder, de una situación fáctica, que respalda la eficacia de un determinado sistema normativo jurídico. [...] La magnitud de la base social de esa situación fáctica que respalda la existencia y la eficacia del Poder varía en función del tipo de régimen político-jurídico ante el cual nos encontremos. Así, el poder referido a una situación democrática tiene una base social amplia, una implementación mayor que el Poder referido a una situación autoritaria o no democrática”²⁵⁰.

Empero, cuando esa relación se rompe y deja de ser bidireccional lo que produce es un emplazamiento del sistema normativo hacia un modelo estático en las decisiones y en la producción normativa. Dicho sistema normativo estático, establece que “las normas valen por su contenido [...] la conducta determinada por ellas es vista como debida por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido el contenido de las normas que constituyen el Orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal [...] puesto que todas las normas de un orden de este tipo están ya

²⁴⁹ Tres niveles distintos a partir de los cuales se analiza el fenómeno del poder por parte de Karl Loewenstein, citado por: PORTELA, J. G.; *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil...*, *op.cit.*, p. 225.

²⁵⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.; *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 47.

contenidas en el contenido de la norma presupuesta, puede deducírselas mediante una operación lógica, una inferencia de lo general a lo particular”²⁵¹, y muchas veces no importa que su contenido trastoque o vulnere derechos fundamentales puesto que al positivarse la norma, ésta genera efectos jurídicos inmediatos al entrar en vigencia en un determinado ordenamiento jurídico, y si no hay una correcta interpretación de la misma por parte de los jueces en torno a su aplicación, la obscuridad en la ley puede dar paso a la arbitrariedad que es la que se combate mediante la protesta social y el derecho de resistencia.

Y es que, efectivamente, para evitar esa obscuridad en la ley se debe asegurar dentro de un determinado sistema político –más aún si hablamos de un Estado Constitucional de derecho– que tanto el productor de las normas (el legislador), como el intérprete de aquéllas (el juez) conciban dentro de su actuar cotidiano que existe un límite infranqueable a la actuación de los órganos y funciones del poder público y político, y éste se encuentra precisamente en el Poder constituyente que no se puede trastocar ni vejar. Por tanto, si se entiende que los derechos fundamentales son derechos resistentes frente al Poder constituido, se ha de comprender además que “[...] es el Poder constituyente el que toma la decisión última sobre los derechos, a partir de la cual éstos se presentan como obligaciones estatales, como instancias que vinculan inmediata y directamente a todos los poderes públicos”²⁵².

En esa misma línea, Luis Prieto Sanchís, por ejemplo, manifiesta que “para que los derechos fundamentales representen una obligación estatal, es necesario que su fuente creadora se sitúe por encima de todo poder instituido, esto es, en el poder constituyente”²⁵³, y esto resulta de gran importancia cuando se piensa en el derecho de resistencia y en la protesta social, puesto que si el Poder constituyente es el que marca las pautas o directrices para que los derechos fundamentales se conviertan en límites al poder y le hagan contrapeso, evidentemente el resultado final es una resistencia o un freno dentro del sistema en el que la exigencia de no vulneración de derechos fundamentales pasa a ser un compromiso, una garantía y sobre todo una obligación estatal.

²⁵¹ Ibidem., p. 82.

²⁵² Ibidem., p. 80.

²⁵³ PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 112. Además, dicho autor también menciona lo siguiente: <<Naturalmente, este punto de vista sólo puede sostenerse en la medida en que entendamos el poder constituyente fuera del Estado, como una realidad de hecho y no como un órgano institucionalizado. La imagen no deja de tener algo de metafórica, pues en realidad todo poder se exterioriza en forma jurídica y, en el mundo moderno, no existe ningún poder jurídico por encima o más allá del Estado; pero se trata de una metáfora útil y dotada de operatividad jurídica>> (op.cit., p. 113).

Esta idea, entonces, de que el Poder constituyente difiere del Poder constituido y que por tanto tiene una preeminencia sobre este último (pues es anterior a aquél), marca una línea de partida respecto a la validez jurídica de las normas, toda vez que se entiende que éstas pertenecen al sistema cuando logran dotarlo de efectividad y cuando se ajustan a criterios formales y materiales que tienen concordancia con los valores y principios democráticos que emanan de la Constitución como norma superior y como fuente del Derecho. El profesor Francisco Javier Ansuátegui Roig, aclara mejor esta idea cuando señala que:

“[...] desde el momento en que los derechos están en la Constitución, entran a formar parte de los criterios de validez del sistema, reconducibles todos ellos al contenido de la norma superior. Estos criterios de validez, que pueden ser entendidos como los requisitos que deben satisfacer las normas para entenderse como pertenecientes al sistema, por tanto válidas, y por tanto jurídicas, han sido objeto de reflexión por parte de múltiples autores. Desde una posición básicamente positivista, ya lo hemos visto, no parece demasiado problemático admitir que una norma es válida si ha sido creada por la autoridad competente para ello, a través del procedimiento previsto a tal fin, si no ha sido derogada por una norma posterior de igual o superior rango jerárquico, y si no contradice las normas superiores en el seno de ese Ordenamiento. Si se admite esta presentación de los criterios de validez o pertenencia, se tiene que llegar a la necesaria conclusión de que estos criterios no pueden ser entendidos como absoluta y exclusivamente formales”²⁵⁴.

Por consiguiente, si la producción de normas o la aplicación de políticas públicas solamente se centra en requisitos procedimentales y no en contenidos materiales, se corre el riesgo de que su validez esté determinada por la mera formalidad y no por criterios de justicia, libertad, equidad, solidaridad y seguridad jurídica, lo que desemboca en que tanto el sistema político y el sistema normativo pasen a ser de tipo estático. En ese sentido, pues, no se puede centrar la atención respecto de la validez de las normas únicamente desde un punto de vista meramente formal, puesto que como ha señalado el profesor Rafael de Asís Roig:

“[...] cabría hablar de dos tipos de criterios a la hora de juzgar la validez de las normas: el formal y el material. El primero de ellos es el criterio propio del pensamiento positivista más clásico. La validez supone concordancia con los requisitos procedimentales de producción de normas. El segundo es el propio del pensamiento iusnaturalista clásico. La

²⁵⁴ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.; *Poder, Ordenamiento..., op.cit.*, p. 81.

validez supone concordancia con ciertos contenidos de justicia. Ahora bien, cabe integrar ambos y afirmar que la validez de una norma supone la creación de esta por el órgano competente, siguiendo el procedimiento establecido en el Ordenamiento y con un contenido que no esté en contradicción con los contenidos básicos del mismo”²⁵⁵.

Desde ese punto de vista, en el marco de un fortalecimiento del sistema normativo y del sistema político se encuadran tanto el derecho de resistencia y la protesta social como herramientas conductoras del orden social y del cauce democrático y su finalidad como se ha descrito anteriormente es recuperar los valores y principios constitucionales y democráticos y que dentro de un Estado Constitucional de derecho se respeten las garantías normativas, jurisdiccionales, constitucionales; las reglas del juego democrático; y, en suma, se abogue por un sistema jurídico-político más dinámico. En dicho sistema político de carácter dinámico, tanto la producción normativa como la aplicación de políticas públicas y el comportamiento en sí del ordenamiento jurídico vendrían dados por la premisa de que “la norma fundante... no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica”²⁵⁶.

Si es que la norma fundante básica del ordenamiento jurídico –la Constitución– instituye principios y valores democráticos que no pueden ser alterados por ninguna norma jerárquicamente inferior, entonces se ha de entender que ese dinamismo es el que genera un contrapeso a la actuación de los poderes públicos y al accionar del poder político y que, por tanto, ninguna norma ni política pública puede contrarrestar esos principios y valores o anularlos y peor aún menoscabar los derechos fundamentales contenidos en la norma suprema, puesto que “[...] la validez de las normas de un Ordenamiento implica que el contenido de éstas se ajusta al sentido del mandato expresado en las normas superiores del Sistema. Por lo tanto, los derechos fundamentales forman parte de los criterios materiales básicos de identificación del sistema jurídico”²⁵⁷.

Sin embargo, cuando esto no sucede así y se trastoca el contenido de la Constitución y sus valores y principios democráticos, se puede decir que comienza a producirse una especie de sistema político y sistema jurídico injusto, cuya producción normativa es injusta

²⁵⁵ DE ASÍS ROIG, R.; *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 40.

²⁵⁶ KELSEN, H.; *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto José Vernengo, México D.F., UNAM, 1982, p. 204.

²⁵⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.; *Poder, Ordenamiento..., op.cit.*, p. 82.

y aleja ese carácter vinculante que la norma debe tener con los agentes sociales que participan dentro de una comunidad política. Por tanto, si es la Constitución la que instaaura a los derechos fundamentales como límites al poder y como tal establece criterios para el funcionamiento del sistema político y jurídico, entonces el direccionamiento de ese contenido material marcará las pautas para que “[...] al criticar el contenido de justicia de una ley, [y] elaborar el criterio de valoración en cada caso, [esto] sirva para obtener el principio de decisión del acto de crítica judicial. Se trata de un trabajo jurídico que hay que realizar con esmero y gravedad. Mientras tengamos en la misma Constitución ese material expresado en intuiciones fundamentales cuya violación equivale a la negación del Derecho, podemos en realidad decir, según mi opinión, que inconstitucionalidad, en este sentido que acabamos de indicar, e injusticia, pueden considerarse entre nosotros como términos de idéntico significado”.²⁵⁸

Autores como Gustav Radbruch, Eberhard Schmidt, y Hans Welzel, por ejemplo, mencionan que “una ley que atenta contra los fundamentos de lo justo no es Derecho y carece de fuerza de obligar; no puede presentarse como un deber obligatorio, sino tan solo como una necesidad condicional. El deber de garantizar la justicia, que obliga al juez a establecer un Derecho auténtico y no una negación del mismo, le prohíbe aplicar ese tipo de leyes”²⁵⁹. En ese sentido, entonces, si una ley en su configuración formal y material no es proporcional, necesaria para una sociedad democrática y no desarrolla su contenido conforme a lo dispuesto por la Constitución lo que se produce es una violación procedimental (en cuanto a la elaboración del contenido de la ley) como una violación de los fundamentos jurídicos de esa ley (que si no tiene justificación material y no se apoya en criterios de validez material –principios, reglas y valores democráticos y constitucionales– genera no solamente la crítica sobre lo injusto de su contenido, sino también la declaratoria de nulidad absoluta).

Por tanto, el Derecho injusto no debe ser obedecido y si trastoca los valores de justicia, libertad, equidad, solidaridad y seguridad jurídica puede inclusive ser declarado nulo. En esa desobediencia civil, se encuadra el derecho de resistencia y la protesta social que intentan ser fortalecidas aún más y que buscan un correctivo al sistema político y democrático. Sin embargo aun cuando mediante la protesta y el derecho de resistencia se ataque al contenido injusto de una ley, puede ocurrir que existan casos en que la ley no es injusta por su contenido, sino por la forma en que es aplicada por algún funcionario con

²⁵⁸ RADBRUCH, G.; SCHMIDT, E.; WELZEL, H.; *Derecho Injusto y Derecho Nulo*, trad. de José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971, pp. 59-60.

²⁵⁹ *Ibidem.*, p. 60.

falta de competencia para actuar de conformidad con esa ley, lo que genera evidentemente una situación de Derecho nulo, más que de derecho injusto.

Si se mira por ejemplo el caso de la aplicación de la Ley en la Alemania Nazi, cuando a algunos de los procesados que luego fueron sancionados en los juicios de Nüremberg se les preguntó: ¿por qué aplicaban dichas leyes que atentaban contra la dignidad humana y permitían atropellos y violaciones a los derechos humanos?, y ellos contestaron sin lugar a dubitación alguna: “Porque esas eran las leyes que estaban vigentes y no teníamos más opción que cumplirlas”, se ha de comprender que una norma, política pública o acto del poder público puede estar dotado de legalidad pero puede carecer de legitimidad; es decir, se cumple la máxima de que todo lo jurídico es legal, pero no todo lo legal es jurídico. Gustav Radbruch, Eberhard Schmidt, y Hans Welzel, hacen hincapié en ello cuando argumentan que:

“La ausencia del carácter vinculante de una ley puede provenir también, naturalmente, de otras razones. No es preciso que se trate siempre de una violación de estos últimos fundamentos de todo lo jurídico. Podría suceder, por ejemplo, que una ley atentara contra una prescripción constitucional distinta de las que se refieren a los derechos fundamentales, como en el caso de que una disposición jurídica se salga del marco de su competencia y otros por el estilo. También entonces nos encontraríamos ante una ley sin fuerza de obligar, a la que el juez no está vinculado, aun cuando no es preciso que se trate inevitablemente de un contenido injusto. Pero si es la justicia en cuanto tal la que está en juego, entonces nos movemos en una posibilidad de violación de la Constitución que se deriva de la consideración de los derechos fundamentales, y preferimos pensar que tan solo en casos raros y excepcionales nos encontramos en esta situación”²⁶⁰.

Lo cierto es que la violación a la Constitución no es una excepción en muchos Estados en los que no se cuenta con las debidas garantías normativas, constitucionales y jurisdiccionales y con una institucionalidad y gobernanza estable que permita la alternancia en el poder y la separación de poderes. En ese panorama desconcertante en el que se degradan tanto la democracia como el sistema político y jurídico surge un cuestionamiento eminente: ¿Qué hacer ahora frente a esa situación? ¿Cómo fortalecer el derecho de resistencia y la protesta social como herramientas de cauce democrático? y la respuesta –a mi juicio– estaría en proponer una forma de resistencia que permita defender la Constitución y los valores y principios democráticos que emanan de ésta y desobedecer

²⁶⁰ *Ibidem.*, pp. 60-61.

aquellas normas injustas que atenten contra el sistema democrático y contra la libertad y dignidad de los individuos. Para ello, en el próximo apartado se abordará el tema de la desobediencia civil como test de constitucionalidad para tratar de dilucidar por qué resulta importante abogar por una resistencia constitucional toda vez que “el derecho es un complejo de proyectos de orientación del orden de la vida social, que, sobre la base de formaciones institucionales tradicionales y bajo las condiciones concretas del presente, en parte se continúan y en parte se reformulan o se establecen de nuevo”²⁶¹.

En esa defensa por un orden social renovado pero que mantenga los principios y valores democráticos que emanan de la Constitución es que se debe resistir activando la protesta social como mecanismo idóneo para encauzar una democracia mucho más deliberativa y fortalecer la institucionalidad en el sistema político. En este fortalecimiento han de jugar un papel crucial tanto legisladores como jueces, siempre que apuesten por una institucionalidad sólida y por la garantía del control del poder a través de los pesos y contrapesos de las diferentes instituciones y funciones estatales, pues de lo contrario, seguirán existiendo políticas públicas abusivas, normas injustas y una degradación de la democracia que puede convertirse en demagogia e incluso llegar a otras formas despóticas de gobierno dentro de una determinada comunidad política.

Si bien es cierto que no hay una fórmula de validez en sentido general que marque la directriz de qué se considera justo e injusto, no es menos cierto que también existen criterios de validez formales y materiales que tanto legisladores (a la hora de elaborar las normas) como jueces (a la hora de interpretarlas) deben respetar, asumir y garantizar con total apego y sujeción a la Constitución. Esto resulta así en la producción del Derecho, puesto que “[...] la recepción que la legislación del gobernante tiene que encontrar en la conciencia jurídica del pueblo, para convertirse en Derecho positivo, constituye con su influjo un correctivo de las decisiones históricamente equivocadas de los gobernantes”²⁶². Por tanto, si las decisiones adoptadas en el seno de una comunidad política no han sido suficientemente acordadas o consensuadas a partir del diálogo en disenso, entonces difícilmente la producción normativa o la ejecución de políticas públicas o actos del poder público van a tener una correlación directa con las necesidades e intereses de los agentes sociales participantes en dicha comunidad.

Este escenario activa aún más –a mi criterio– la protesta social a través de la desobediencia civil que puede ser entendida desde dos perspectivas: una directa y otra

²⁶¹ *Ibidem.*, p. 110.

²⁶² *Ibidem.*, pp. 110-111.

indirecta. La directa tiene que ver con la desobediencia civil como test de constitucionalidad, y la indirecta como ejercicio de un derecho que se despliega del propio acto de protesta. Lo que queda claro en los dos casos es que –a mi parecer– la opinión pública juega un rol preponderante en el fortalecimiento de la protesta social como ejercicio de la democracia deliberativa y la libertad de expresión, puesto que entre más información exista respecto a cómo se están garantizando o vulnerando las libertades, los derechos y las garantías de los individuos dentro de una comunidad social, estos últimos reaccionarán y tomarán decisiones respecto a qué límites se deben poner frente a las actuaciones arbitrarias del Poder.

3.1 LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO TEST DE CONSTITUCIONALIDAD

Si la protesta social es motivada por la opinión pública que ve en el reclamo colectivo el cauce de civilidad entre la acción de resistir y el fin que se persigue con ello, entonces se ha de decir con toda certeza y seguridad que “los actos de desobediencia civil son siempre actos de protesta. [...] Esta relación responde a la idea de que el desobediente “civil” no sólo respeta el orden político establecido, sino que además, con su conducta interviene como miembro y partícipe activo en la comunidad civil regida por este orden”²⁶³.

En ese sentido, la protesta social hace referencia –en el fragor del clamor ciudadano– a criterios de justicia y a la búsqueda de la unidad y el bien común. Además, “como tales actos de protesta los actos de desobediencia civil participan, al menos, de las siguientes dos características. Desde una perspectiva formal, y como es esencial en toda acción de protesta, se trata de actos que pretenden comunicar o expresar algún tipo de queja, reivindicación, deseo de cambio, etc. Aquí radica la exigencia del necesario “carácter público” de la desobediencia civil. En segundo lugar, y desde una perspectiva material o de contenido, hay que señalar que se trata de protestas cuya “comunicación reivindicante” va dirigida contra algún tipo de deficiencia que pueda darse en la actividad normativa, política o decisoria del poder público, con la intención de denunciarla y subsanarla”²⁶⁴.

La influencia aquí de la opinión pública es bastante notoria, puesto que en la reivindicación o en los reclamos de los manifestantes puede haber diversas visiones respecto a cómo debe darse un re-direccionamiento al sistema político y democrático. En ese sentido, desde una posición liberal, la opinión pública interviene como correctivo del sistema político y democrático desde una visión de no interferencia, puesto que como bien

²⁶³ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.; *La desobediencia civil...*, op.cit., p. 142.

²⁶⁴ *Ibidem.*, pp. 142-143.

lo señala el profesor José Manuel Rodríguez Uribes, ésta “[...] interviene en la política en el marco del Estado de Derecho, para *influir* en el poder, especialmente a través de su función de control, límite o freno sobre aquél, actuando, no tanto como contrapoder *stricto sensu*, cuanto como instancia de denuncia y publicidad de sus abusos y errores (políticos y/o jurídicos). También deberá existir, de otra parte, una cierta correlación entre lo deseado por la opinión pública y lo decidido por la autoridad política, al menos en el sentido negativo de contradecir la voluntad de la primera”²⁶⁵.

Ahora bien, esta influencia de la opinión pública en sentido liberal dentro de la protesta social, puede no llegar a expresar siempre la voluntad general sino el deseo particular de un cierto sector de disidentes o manifestantes inconformes que quieren conservar su proclama como la de mayor calado a la hora de ejercer el derecho de resistencia.

Puede correrse el riesgo, entonces, que esa manera de tratar de influir sobre el poder desvincule a los ciudadanos de la crítica y control del mismo cuando no existe una clara identificación entre la autoridad política a la que se pretende poner límites en su actuación y la opinión pública (que no se sabe si es general, está diversificada en sectores o si es que contempla una visión más pluralista). Aunque en mi caso me acojo a una visión de opinión pública de carácter liberal, reconozco que puede surgir esa desvinculación y que por ello también es necesario que confluya una opinión pública de carácter republicana o democrática, que como bien señala el profesor Rodríguez Uribes: “desde el discurso democrático [...] la opinión pública será más una auténtica instancia de poder que un instrumento para influir en aquél [...] será vinculante *stricto sensu*, pues su traducción última se encontrará, directamente, en el Derecho, y más concretamente, en la Ley”²⁶⁶. En cualquiera de los dos casos, sea que los manifestantes acudan a la formulación de una opinión pública de tipo liberal (fundamentando su justificación en la no interferencia) o de una de tipo democrática o republicana (fundamentando su justificación en la no dominación arbitraria), lo que se defiende a través de la protesta social son intereses y deseos que pueden representar en unos casos una esfera también de voluntad privada (voluntad individual), y en otros (que son la gran mayoría de casos) una esfera de voluntad pública y colectiva.

²⁶⁵ RODRÍGUEZ URIBES, J.M.; *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Madrid, Marcial Pons, Monografías jurídicas, 1999, p. 94.

²⁶⁶ *Ibidem.*, pp. 94-95.

Esto lleva a deducir, entonces, que “los actos desobedientes civiles son actos de protesta no emprendidos con el (único) objetivo de obtener una “ganancia privada”.²⁶⁷. A decir de Carl Cohen, los manifestantes “probablemente esperen algún provecho personal último, pero dicho provecho no es la motivación primaria de su conducta”²⁶⁸. Por tanto, si la principal motivación de la protesta social y el derecho de resistencia se centra en criterios de justicia y bien común, entonces su fin último es “denunciar algún tipo de injusticia o inconstitucionalidad”²⁶⁹. De esa manera, el fin último de la protesta social marca dos tipos de desobediencia civil: una de tipo directa y que es vista como test de constitucionalidad; y, otra de tipo indirecta que es vista como el ejercicio de un derecho.

El profesor José Antonio Estévez Araujo menciona que en los sistemas jurídico-políticos actuales –y que son de corte representativo– “los reparos políticos-morales contra una determinada ley pueden formularse en términos de dudas acerca de la constitucionalidad de dicha ley. Por tanto, si dicha desobediencia es pública y no violenta, estaríamos ante un supuesto de desobediencia civil como test de constitucionalidad. [...] La desobediencia civil como test de constitucionalidad es una protesta contra la ponderación llevada a cabo por el legislador”²⁷⁰. Por otro lado, la desobediencia civil indirecta o como ejercicio de un derecho muestra que el manifestante o disidente en la visión de la autoridad que reprime o frena la protesta (sea esta policial, militar o administrativa) es aquél que vulnera una disposición contra la cual no ha puesto reparo alguno. Es decir, a criterio de la autoridad un manifestante o disidente puede estar violentando una ley de seguridad estatal o ciudadana y por eso se debe frenar su acto de protesta. Esa limitación evidentemente, atentaría contra el ejercicio de un derecho que sí se deriva del acto de protesta y que puede ser el de libertad de expresión; el de libertad de reunión, o el de libertad de asociación.

Dada esa explicación, entonces, se tiene que “la desobediencia civil como ejercicio de un derecho tiene un carácter más defensivo y la desobediencia civil como test de constitucionalidad un carácter más activo. La desobediencia civil como ejercicio de un derecho constituye una defensa de los espacios de libertad que hacen posible la existencia de una opinión pública crítica. [...] Es una protesta contra la ponderación realizada por la autoridad gubernativa o judicial. La desobediencia civil como test de constitucionalidad

²⁶⁷ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.; *La desobediencia civil...*, op.cit., p. 143.

²⁶⁸ COHEN, C.; *Civil Disobedience: conscience, tactics, and the Law*, Londres / Nueva York, Columbia University Press, 1971, p. 11.

²⁶⁹ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.; *La desobediencia civil...*, op.cit., p. 143.

²⁷⁰ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; *La Constitución como proceso...*, op.cit., p. 144.

interviene activamente en la determinación de los temas y enfoques que son objeto de debate por parte de la opinión pública”²⁷¹.

Como se puede observar, en cualquiera de los casos de desobediencia civil como un acto de protesta se busca una ponderación frente a las decisiones de la autoridad. Cuando la crítica, el reclamo y el deseo de cambio respecto de una normativa van en sentido de cuestionar su constitucionalidad, lo que se ataca también vía derecho de resistencia y protesta social es la arbitrariedad del legislador a la hora de elaborar leyes sin el mínimo rigor ético y no adecuándolas a éstas a criterios formales y materiales de conformidad con la Constitución y con los valores y principios democráticos. Un ejemplo de este tipo de desobediencia civil lo encontramos en Ecuador donde en junio de 2015, varios ciudadanos salieron a las calles de Quito, Guayaquil, Cuenca y otras ciudades más a protestar por la inconstitucionalidad de la Ley de Herencias y Plusvalía y por las reformas que se planteó hacer a la Constitución vía aprobación legislativa.

En cambio, cuando se critica o se reclama frente a la actuación de la autoridad gubernativa o judicial que atropella el ejercicio de un derecho que emana del acto de protesta, la desobediencia civil es vista como el ejercicio de un derecho. Ejemplos de este tipo de desobediencia civil lo encontramos en Venezuela, en que manifestantes como Leopoldo López han sido condenados a prisión y encarcelados como freno al ejercicio de su derecho a expresarse libremente en las calles, o el uso de tipos penales de sabotaje y terrorismo para perseguir a opositores al régimen y manifestantes disidentes, reprimiendo y criminalizando así la protesta. En todo caso, no importa cuál sea el tipo de desobediencia civil encauzada en el clamor cívico y ciudadano, lo importante radica en comprender que el contrapoder crítico no puede ser frenado mediante acciones ilegítimas y arbitrarias. Los manifestantes y disidentes “ejercen controles y ofrecen un contrapoder crítico frente a las fuerzas sociales y políticas establecidas y al complejo de autoridades. [...] Los movimientos sociales presionan a las autoridades, para que justifiquen sus decisiones o indecisiones, a presentarse ante la opinión pública con una batería de razones razonables que apunten una toma de postura determinada. [...] Se revelan como uno de los escasos mecanismos a disposición de la ciudadanía para ejercitar un seguimiento democrático crítico de la transparencia y publicidad de los representantes”²⁷².

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² CASQUETE, J.; *El poder de la calle. Ensayos sobre acción colectiva*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 14.

El fortalecimiento de la protesta social y del derecho de resistencia implica, entonces, conformar una opinión pública sólida que promueva la defensa de la Constitución y la participación ciudadana con miras a ponderar la actuación de las autoridades gubernativas, legislativas y judiciales y establecer controles políticos y ciudadanos, poniendo a los derechos fundamentales como contrapeso de la democracia y como límites frente a la actuación del poder, generando un verdadero test de constitucionalidad a la hora de emprender la protesta social.

3.2 LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA PROTESTA SOCIAL COMO EJERCICIO DEL DERECHO DE RESISTENCIA

Se ha señalado con anterioridad que frente al agotamiento de garantías y ciertos recursos democráticos y a la falta de seguridad jurídica e institucionalidad en algunos Estados, muchos manifestantes y disidentes encuentran en la desobediencia civil como forma de protesta social la herramienta adecuada para generar una mayor fuerza ética y constructivista que permita dotar a la comunidad política de razón y equilibrio y sacarla del desorden organizacional en el que pudiera encontrarse.

De esa manera, los desobedientes civiles “mantienen la intención de utilizar los medios a su alcance para convencer a los demás que su caso merece ser reconsiderado, puesto que la aplicación de la política en cuestión, o de la norma contra la que se disiente, generan una injusticia manifiesta y sustancial”²⁷³. Giovanni Sartori, por ejemplo, citando a Lord Acton y a Guglielmo Ferrero, señala que el primero habría expresado –respecto del ideal democrático, pluralista y deliberativo– lo siguiente: “La demostración más segura para juzgar si un país es realmente libre es la dosis de seguridad de que gozan las minorías”²⁷⁴, mientras que dice que el segundo expuso el tema de la siguiente manera: “En las democracias, la oposición es un órgano de la soberanía popular tan vital como el gobierno. Suprimir la oposición es suprimir la soberanía de un pueblo”²⁷⁵. Lo cierto es que sin oposición no puede darse ni ejercitarse plenamente el derecho de resistencia y, por tanto, la protesta social forma parte de un acto de manifestación opuesta a ciertas conductas o actuaciones de los poderes públicos y del poder político que degeneran el sistema político y democrático.

²⁷³ PORTELA, J. G.; *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil...*, op.cit., p. 147.

²⁷⁴ ACTON, L.; *Essays on Freedom and Power*, Nueva York, Meridian, 1955, p. 56., citado en (desde donde se cita): SARTORI, G.; *¿Qué es la democracia?*, op.cit., p. 17.

²⁷⁵ FERRERO, G.; *Potere*, Milán, Comunità, 1947, p. 217., citado en (desde donde se cita): SARTORI, G.; *¿Qué es la democracia?*, op.cit., p. 17.

Es en ese acto de oposición frente a la arbitrariedad del Poder, justamente, que el derecho de resistencia toma fuerza para enfrentarse a la ilegitimidad en las actuaciones del poder público y político y de las autoridades que lo ostentan, que si bien pueden estar dotadas de la legalidad para ejercer tal o cual dignidad (gozar del título o nombramiento de tal o cual cargo por elección popular), carecen de legitimidad en su accionar al trastocar los límites impuestos por la Constitución y la ley. Esta oposición o resistencia, evidentemente, toma un carácter colectivo “en atención a que su titular es la colectividad ciudadana como órgano –sea o no colectivamente ejercitado–, y cuyo objeto es la defensa del “orden constitucional” en su conjunto; un derecho a resistir contra aquellas actuaciones del poder público que pretenden remover el sistema constitucional o establecer un nuevo régimen derrocando el democrático preexistente. Se trata del derecho de resistencia en sentido estricto, aquel que denominábamos “derecho de resistencia constitucional”, el cual aparece constitucionalmente formalizado en diversos ordenamientos”²⁷⁶.

Los derechos fundamentales y derechos humanos –a mi criterio–, por tanto, han de poder desarrollarse plena y efectivamente sólo dentro de un verdadero Estado Constitucional de derecho, en el que la validez de las normas y políticas del sistema jurídico y político que rige a una determinada comunidad social lleve aparejado en cuanto a la búsqueda de la efectividad normativa y social, la garantía del control y poder ciudadano y la aplicación del principio de legalidad y del valor justicia, “vinculándose esa efectividad con un buen sistema de tutela jurisdiccional, en el marco de un debido proceso y del derecho a la defensa. Además, ha de destacarse que sin el cumplimiento de estas premisas nos encontraríamos en un vacío y montados sobre una irrealidad. Si los derechos humanos deben responder a las necesidades reales de los individuos y de la sociedad, una manifestación concreta de lo expuesto la tenemos en la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones”²⁷⁷ que ha ganado mayor terreno –a mi juicio– a través de la protesta social y el derecho de resistencia como herramientas de cauce democrático.

Tanto el derecho de resistencia como la protesta social logran frente al ejercicio del poder una exigencia importantísima en torno a las decisiones que en la esfera pública llevan a cabo las distintas instituciones públicas y las autoridades que están al frente de aquellas. Tal exigencia se basa en la consecución de un procedimiento participativo que logre garantizar la transparencia, el diálogo desde el disenso, la publicidad y el debate pluralista.

²⁷⁶ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.; *La desobediencia civil...*, op.cit., pp. 360-361.

²⁷⁷ SOSA GÓMEZ, C.; “La ética democrática y su relación con los derechos humanos”, en: CASTILLO, J.; ÁLVEREZ DE MIRANDA, F.; SOSA GÓMEZ, C.; et.al.; *Gobernabilidad democrática y derechos humanos*, Caracas, Nueva Sociedad / Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y Comisión Nacional de Derechos Humanos de Venezuela (CNDH), 1997, p. 40.

Habermas diría, por ejemplo, que “el grado de vitalidad de una democracia se mide por el papel que desempeñan la deliberación, la reflexión y el espíritu crítico en la marcha de los asuntos públicos”²⁷⁸. Si la opinión de los agentes sociales participantes no es tenida en cuenta a la hora de ejecutar políticas públicas (desde la función gubernativa o ejecutiva) o de elaborar leyes (desde la función legislativa), se genera una crisis en el sistema democrático y no hay respeto por el disenso, por lo que difícilmente se podrá llegar a decisiones discutidas *a priori* y consensuadas *a posteriori*.

En ese escenario por recuperar el disenso y la formación de la opinión pública en la toma de decisiones colectivas, la desobediencia civil actúa como acto de protesta y como política de disenso para incluir al pueblo (en quien radica la soberanía popular) en el debate público y generar que las decisiones que se tomen en el marco de las funciones públicas y estatales cuenten con la suficiente participación y el efectivo control ciudadano. De esa manera, autores como Cesare Pinelli y Miguel Presno mencionan que “está demostrado que la participación ciudadana en la elaboración de leyes mejora la información que reciben las Cámaras [del Parlamento], intensifica la transparencia y publicidad de la actividad legislativa y potencia la legitimidad de las leyes y su eficacia”²⁷⁹.

Así, por ejemplo, si se vierte una mirada hacia el derecho comparado, se encontrará que en el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica se ha establecido un formato de audiencias en el que pueden participar los ciudadanos y en donde además existen impugnaciones respecto al cargo que van a ostentar ciertos funcionarios en dependencias públicas. Tales impugnaciones pasan por las comisiones legislativas a través de un procedimiento de escuchas o “*legislative hearings*”. Por otro lado, en Portugal la misma Constitución establece el procedimiento a seguir respecto a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y regula las materias en que se puede comparecer y establece que la participación política de los ciudadanos en asuntos públicos es directa y activa²⁸⁰. También el Tribunal Constitucional Federal alemán, “ha reconocido la legitimidad

²⁷⁸ HABERMAS, J.; *La teoría de la acción comunicativa* (Vol. II), trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, p. 118.

²⁷⁹ PINELLI, C.; PRESNO, M.; *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 86. Vid., además, LARIOS PATERNA, M. J.; *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2002, pp. 301 y ss.

²⁸⁰ Vid., por ejemplo, el artículo 112 de la Constitución portuguesa, cuyo texto fue adoptado el 2 de abril de 1976 y entró en vigor el 25 de abril de 1976.

de las pretensiones de las organizaciones sociales de influir en la formación de la voluntad estatal”²⁸¹.

Empero, en América Latina, en países como Ecuador o Venezuela, se han venido gestando una producción de leyes desde los parlamentos de esos países (denominados en los dos casos “Asambleas Nacionales”) pero sin una participación total de los ciudadanos dentro del debate público, y muchas veces excluyendo a los disidentes de la discusión parlamentaria, lo que ha originado evidentemente una crisis de representación parlamentaria que ha cambiado —en el caso venezolano— de ser de mayoría oficialista a ser de corte opositora; y, frente al caso ecuatoriano existe un 59% que en la actualidad no cree en la gestión del parlamento ecuatoriano²⁸². Esto demuestra —en mi criterio— que frente a la negación de la participación ciudadana y del disenso, se reafirman tanto el derecho de resistencia y la protesta social como herramientas para corregir la debacle funcional del constitucionalismo y del sistema democrático y efectivizar la deliberación pluralista y activa de todos los agentes sociales dentro de una comunidad política.

En efecto, se apuesta por una constitucionalización más allá del Estado, puesto que hay que entender que “el constitucionalismo moderno se caracteriza, en primer lugar, por la tendencia hacia la unidad y, segundo, por el lento aumento de la concentración de poder en manos del Estado”²⁸³. Sin embargo, cuando esto no opera así y las instituciones públicas y estatales no logran responder con sus actuaciones a las necesidades de los ciudadanos, entonces la representación se degrada y el debate público también. Al no haber cabida para el disenso y la discusión dialógica entre los diversos sectores sociales a la hora de la elaboración de las leyes en los parlamentos, por ejemplo, la ciudadanía que no se siente representada ni escuchada procede a salir a las calles y manifestarse, volviendo a la protesta como un acto no sólo de resistencia sino también de restablecimiento del orden constitucional y del constitucionalismo moderno.

Esto como se ha mencionado, ha sucedido tanto en Venezuela como en Ecuador, en que muchas leyes han sido aprobadas sin una fuerte discusión parlamentaria y sin debate público y diálogo con los ciudadanos. La falta de representación democrática en estos casos

²⁸¹ PINELLI, C.; PRESNO, M.; *Crisis de la representación...*, *op.cit.*, p. 87. Vid, además, sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: BVerfGE 5/1985.

²⁸² Dato estadístico obtenido de la encuestadora CEDATOS, sobre “Aprobación y credibilidad de la Asamblea Nacional”. Encuesta realizada a nivel nacional, en línea: http://www.cedatos.com.ec/detalles_noticia.php?Id=160 (Último acceso: 14/12/2015, 9:45).

²⁸³ TURKKA, T.; “Law making and constitutionalisation beyond the State”, en: PALONEN, K.; ROSALES, J. M.; TURKKA, T. (eds.); *Parliament in debate. The politics of dissensus*, Santander; Madrid, Cantabria University Press; McGraw-Hill Interamericana de España, 2014, p. 59.

y el escaso debate dialógico, plural y con respeto hacia el disenso, ha hecho que miles de personas salgan a protestar en las calles exigiendo un cambio democrático y el respeto a los valores y principios contenidos en la Constitución. Ese acto de protesta aunado al derecho de resistencia, encuentra su justificación en lo que James Tully cataloga como la *multiplicidad extraña del constitucionalismo en la era de la diversidad*, al decir que “a la luz del constitucionalismo moderno, éste ha de ser percibido como la liberación de los ciudadanos de las ataduras de sus formas inmemoriales de vida. En segundo lugar, porque la primera promulgación de una Constitución moderna significa, en cualquier país, un descanso y un nuevo comienzo en la historia, el establecimiento de la unidad también puede ser encontrado como un acto violento, totalmente en contradicción con los hábitos y las formas establecidas de vida”²⁸⁴. Por tanto, frente a leyes injustas y poco debatidas y consensuadas se produce una manifestación ciudadana que busca un cambio, que puede ser incluso mediante revolución (cuando ya toda garantía y estructura democrática está subvertida) o a través de formas de protesta no violentas como la desobediencia civil que puede ser como se ha venido diciendo de carácter colectivo, pero también puede adoptar la expresión de una protesta individual o del derecho de resistencia del particular. En este último caso, tal expresión individual pasa a significar “[...] la legitimidad de resistir contra un concreto acto manifiestamente ilegal o inconstitucional del poder público o de alguna autoridad del mismo. El objeto de este derecho no es ya la defensa del orden constitucional en su conjunto, sino antes bien, la de un concreto derecho o interés legítimo particular amenazado por una concreta y manifiestamente arbitraria actuación de alguna autoridad, agente o funcionario en representación de un poder público cuya legitimidad no se discute”²⁸⁵.

El derecho de resistencia, entonces, a través de la desobediencia civil como forma no violenta de protesta social se ejerce como se ha descrito anteriormente, desde dos formas o perfiles diferentes: por un lado, con un carácter colectivo; y, por otro, desde un carácter más individual. Las diferencias entre ambas formas desde donde se desarrolla el derecho de resistencia son expuestas con mucha claridad por Paolo Barile, quien menciona que “mediante el derecho de resistencia *individual* el sujeto se opone directamente a la ejecución del acto inconstitucional (aunque siempre a su riesgo y a salvo la ejecutoriedad de

²⁸⁴ TULLY, J.; *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 60. Vid., del mismo autor: TULLY, J.; “The unfreedom of the moderns in comparison to their ideals of Constitutional Democracy”, artículo publicado en: *The Modern Law Review*, núm. 65, vol. 2, 2002, pp. 204-228.

²⁸⁵ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.; *La desobediencia civil...*, op.cit., p. 361.

las medidas administrativas), [mientras que] mediante el derecho de resistencia *colectiva* los sujetos se oponen directamente al cambio de régimen constitucional preexistente”²⁸⁶.

Esta diferenciación –en mi criterio– implica, por un lado, que frente a la desobediencia civil de carácter colectivo lo que se combate es la paradoja de participación, por medio de la cual la mera representación de autoridades de elección popular excluye a los gobernados del debate público y social; y, por otro lado, que frente a la desobediencia civil de carácter individual lo que se trata de abolir es la paradoja de legitimidad, por medio de la cual las actuaciones del poder público y político frente a los derechos particulares de cada individuo carece de racionalización y consentimiento, pues el Poder actúa ilimitadamente y sin frenos o contrapesos y los derechos fundamentales no actúan como límites a este último.

Desde mi punto de vista, por tanto, considero que frente a cualquier atentado contra el orden constitucional que vulnere las garantías democráticas y la institucionalidad jurídica y política del Estado, el ejercicio del derecho de resistencia está más que justificado plenamente –de manera jurídica– en cuanto a la realización de cualquier acción o conducta de desobediencia civil. Cabe entonces, según ese planteamiento, discutir respecto de “la posibilidad de que la norma constitucional que atribuye este derecho pueda llegar a desplegar alguna eficacia protectora (justificante, excusante o atenuante) sobre alguna conducta de desobediencia civil. La respuesta a esta cuestión parece bastante clara si tenemos en cuenta la desvinculación y diferenciación existente entre ambas figuras, tanto a nivel etiológico, formal, como teológico, y ello pese a que en ocasiones la desobediencia civil sea calificada como “pequeña resistencia”²⁸⁷”.

Esa calificación de “pequeña resistencia” resulta ambigua y desproporcionada puesto que “no se puede predicar una protección jurídica de la norma que atribuye aquel derecho sobre las conductas de desobediencia civil porque el contenido normativo o supuesto de hecho delimitado por la norma y protegido por ella es la resistencia *in extremis* para la salvaguardia del orden constitucional en su conjunto y no una conducta desobediente civil que, por definición, es una conducta de desobediencia contra una determinada actuación injusta del poder público considerado legítimo en título”²⁸⁸. Es decir que por la defensa del orden constitucional y la Constitución, el derecho de resistencia a través de la desobediencia civil colectiva no puede reducirse a pequeños actos de protesta, sino que puede llegar a una

²⁸⁶ BARILE, P.; *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1982, p. 499.

²⁸⁷ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.; *La desobediencia civil...*, *op.cit.*, pp. 362-363.

²⁸⁸ *Ibidem.*, p. 363.

protesta masiva hasta ver cumplido el objetivo de remendar el desorden democrático y encontrar un cauce justo y equilibrado.

La potencialidad del acto de protesta a través de la desobediencia civil colectiva como ejercicio del derecho de resistencia, por tanto, dependerá del grado de descontento de los agentes sociales en una comunidad política que no se sienten representados y que sientan que su participación en el debate público y social ha sido anulada. En esa anulación de la participación ciudadana radica justamente la paradoja que mediante la desobediencia civil colectiva se busca combatir. Dicha *paradoja de participación*, en palabras del profesor Rafael de Asís Roig, surge cuando la participación no actúa como límite al poder para evitar el arbitrio desmedido o el absolutismo político, puesto que los derechos fundamentales “son límites al poder sólo en el sentido de exigir a éste que no interfiera, o que no prohíba la actividad de los hombres que tiene como fin su constitución y que se expresa a través de las distintas formas de participación. Y desde esa perspectiva se proyecta también sobre otro tipo de poderes, no ya solamente el político o los públicos, y sobre otra órbita de problemas, como por ejemplo, los de índole económica y social”²⁸⁹. De esa manera, además, “a través de esta paradoja surge la necesidad de una actuación positiva del Estado en el sentido de potenciar, promover y regular la posibilidad de que esta participación se produzca a través del Derecho”²⁹⁰.

El problema que reviste la constitucionalización del derecho de resistencia y su positivación como forma de protesta y participación política y social, surge cuando su contenido material en la Constitución es ambiguo o indeterminado. Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 2008, proclama en su artículo 98 el derecho de resistencia frente a actos u omisiones de los poderes públicos y frente a decisiones de particulares, lo cual genera –a mi criterio– una dubitación respecto a si es que los ciudadanos ecuatorianos pueden resistir a todo tipo de acto de los poderes públicos (que puede ir desde un simple acto administrativo hasta una sentencia) o hay un límite respecto al ejercicio del derecho de resistencia.

Además, surge la duda sobre en qué casos se puede resistir también contra decisiones de particulares, puesto que la indeterminación y ambigüedad en la definición y alcance constitucional de este derecho –al menos en el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano– podría producir un efecto contrario al que se busca con la resistencia que es la defensa del

²⁸⁹ DE ASÍS ROIG, R.; *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate, 1992, p. 124.

²⁹⁰ *Ibidem*.

orden democrático y constitucional y no la propagación de una anarquía social. He ahí que no se puede, entonces, identificar a los términos desobediencia civil y anarquía como sinónimos, porque simplemente son distintos y buscan un fin disímil. La anarquía rehúye las reglas y es antisistema, la desobediencia civil no, pues busca un cauce y correctivo en el sistema político y democrático. Sin embargo, lo que sí causa asombro en el caso ecuatoriano es que pese a existir consultas de norma respecto a la constitucionalidad del artículo 98 –que proclama el derecho de resistencia– presentadas ante la Corte Constitucional de dicho país, aún no hay un pronunciamiento por parte de los jueces constitucionales en que se interprete el alcance y contenido constitucional de dicho derecho. En mi criterio, ésa es una deuda pendiente que tiene dicho organismo de interpretación constitucional con los ciudadanos ecuatorianos y sin una interpretación clara, se sigue vulnerando el derecho de participación y se acentúa aún más la paradoja respecto del disenso y la participación ciudadana como límites al poder.

Así también frente al derecho de resistencia ejercido mediante la desobediencia civil de carácter individual se puede vislumbrar que “no nos encontramos ante un derecho en sentido estricto, al menos no ante un derecho subjetivo autónomo, sino más bien, ante una facultad o competencia de las personas inherente a la propia dinámica del ejercicio legítimo de los derechos y al reconocimiento de los principios constitucionales democráticos. Por lo tanto, difícilmente puede siquiera pensarse en la posibilidad de que un supuesto “derecho” a realizar resistencias individuales legítimas pueda irradiar alguna eficacia protectora sobre conductas de desobediencia civil; y ello por la sencilla razón de que no existe tal derecho de resistencia individual con entidad autónoma”²⁹¹.

Consecuentemente, la desobediencia civil individual parte –a mi juicio– de una voluntad particular que al sumarse con intereses y necesidades particulares de otros agentes sociales participantes en una comunidad política genera una suma colectiva que en ejercicio deliberativo y como muestra de la libertad de expresión se traduce en protesta social. Cosa distinta sería, en cambio, sostener que “de la misma forma en que pueden existir resistencias individuales legitimadas, puede admitirse la posibilidad de que determinadas desobediencias civiles también lo sean, al menos aquéllas que se lleven a cabo en situaciones en las que una resistencia individual fuera a resultar jurisdiccionalmente legitimada, y máxime cuando la desobediencia civil viene conceptualmente caracterizada

²⁹¹ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.; *La desobediencia civil...*, op.cit., p. 363.

por rasgos como la publicidad de la conducta, la no violencia de la misma, el no rechazo a las potenciales sanciones legales que podría acarrear la acción, etcétera”²⁹².

Por tanto, la desobediencia civil pasa a ser una conducta de protesta social que puede realizarse en ejercicio del derecho de resistencia pero que no es la única forma de resistir, aunque –a mi criterio– es la más acertada para producir cambios frente a leyes injustas o actos del poder político y de los poderes públicos que ante la opinión pública se consideran inconstitucionales y antidemocráticos. En este último razonamiento de operatividad de la desobediencia civil individual que puede luego traducirse en una de tipo colectivo, yace la paradoja de legitimidad respecto a cómo el poder se presenta dentro de la configuración o consecución de un Estado Constitucional de derecho. Si es que el poder no logra legitimarse en una actuación proba, pública y transparente, entonces la formación de la democracia deliberativa y del verdadero Estado Constitucional de derecho no tiene asidero. Es allí en este último caso donde la desobediencia civil trata de combatir esa paradoja de legitimidad, que en palabras del profesor Rafael de Asís Roig se describe de la siguiente manera:

“La primera característica está estrechamente relacionada con el significado de la racionalización del poder, que ya ha sido analizado, aunque de forma breve, y con el sentido del Estado de Derecho, al que también nos hemos referido. La segunda guarda relación con el valor del consentimiento. La relación entre consentimiento y legitimidad puede observarse a través del problema de la obediencia al Derecho. Desde esta perspectiva, parece que puede hablarse de una obligación de obedecer aquello que se consiente, y esto se traslada al ámbito del Derecho relacionándolo con un poder democrático (donde al menos existe un consentimiento indirecto). Un poder en el que los ciudadanos participan tanto en su actuación como en su formación permite que se pueda hablar de él en términos de legitimidad. La participación no sólo tiene que realizarse a través de elecciones, aunque esta perspectiva es imprescindible, sino también de políticas de consenso y pactos sociales, sin que ello lleve a la pérdida o minusvaloración del sentido de la soberanía”²⁹³.

Se debe fortalecer, entonces, la desobediencia civil como forma de protesta social y dar mayor fuerza al ejercicio del derecho de resistencia como mecanismo para provocar un ajuste o un cambio en el sistema político y democrático. El fortalecimiento de la protesta social dependerá del valor que la opinión pública le dé a los reclamos ciudadanos y al clamor de los manifestantes y disidentes por buscar acuerdos, normas y decisiones más justas y consensuadas como resultado de un diálogo permanente en que la piedra angular

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ DE ASÍS ROIG, R.; *Las paradojas de los derechos...*, *op.cit.*, pp. 125-126.

del respeto democrático sea el disenso por medio del cual han de confluir puntos de vista, ideas e intereses plurales y diversos.

3.3 LA PROTESTA SOCIAL Y LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO PARTICIPACIÓN EN LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Al ser la protesta social un mecanismo democrático de participación política y ciudadana para la defensa del orden constitucional, las distintas formas de resistencia (entre ellas, la desobediencia civil) deben buscar no solamente encauzar al sistema político dentro de valores y principios democráticos, sino además buscar la manera de que tanto legisladores como jueces logren generar una procedimentalización de la defensa de la Constitución en conjunto con los ciudadanos. Esta procedimentalización no sólo será una herramienta útil de cauce democrático, sino que además –y en mi criterio– ayudará a suplir el problema de falta de legitimidad con que cuentan ciertas actuaciones de los poderes públicos y estatales, al no establecer mecanismos de participación y control ciudadanos. En ese sentido, “para que la <<procedimentalización>> supla el déficit de legitimidad es necesario contrastar la legitimidad del procedimiento y no a partir de la idea de que la legitimidad se genera a través del procedimiento mismo”²⁹⁴.

Si se piensa en la función legislativa, por ejemplo, se ha de decir que los legisladores a la hora de elaborar leyes deben establecer un procedimiento de discusión y difusión de los proyectos normativos no solamente al interior de las Cámaras, comisiones legislativas o del plenario, sino también al exterior –es decir, en contacto con los agentes sociales participantes en una comunidad política– puesto que de esa manera, la discusión sobre el contenido formal y material de las leyes tendrá como centro de atención a los diversos puntos de vista de los ciudadanos. Si se logra voltear esa mirada de la técnica legislativa hacia el diálogo y el disenso, entonces “[...] el centro de atención se desplaza desde el resultado de determinados procedimientos hacia la realidad de los puntos de vista existentes en la sociedad. Se otorga valor no a la decisión que como consecuencia de una ficción jurídica se imputa al pueblo, sino a la voluntad real de dicho pueblo”²⁹⁵.

Desde ese punto de vista, los legisladores han de establecer un procedimiento que esté dotado de legitimidad en cuanto a que los criterios de validez de la formación de normas estén acordes a lo prescrito por la Constitución. Por tanto, la formulación de un proyecto de ley, su presentación, discusión y posible adopción tienen que estar sujetos a un control y escrutinio público y ciudadano. La legitimidad de esos procedimientos creados por los

²⁹⁴ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; *La Constitución como proceso...*, *op.cit.*, p. 140.

²⁹⁵ *Ibidem*.

legisladores, dependerá “[...] en primer lugar, de que sean útiles como mecanismos de control. [...] Los procedimientos participativos deben servir para asegurar la derogación de la legislación no deseada. Los mecanismos representativos no se limitan a delegar la facultad de decisión a unos representantes, sino que deben entenderse también como instrumentos que hagan posible el control de los representados sobre las decisiones que los representantes adopten”²⁹⁶.

En esta tarea por reconducir la democracia deliberativa y buscar la elaboración de mecanismos y procedimientos de control y participación ciudadana, tanto el derecho de resistencia como la protesta social ayudan y contribuyen a la consolidación de un pluralismo decisionista sobre la actuación de los poderes públicos y político en la esfera pública. La defensa de esa pluralidad que se exige a través de la desobediencia civil y de los diversos actos y formas de protesta se centra en la consecución de que “los procedimientos deben servir para que todos los puntos de vista estén representados. [...] Los procedimientos no tienen, pues, una función primordialmente selectiva, sino que deben ser capaces de conservar la complejidad existente y transmitirla a las instituciones. Su legitimidad depende de que sean capaces de realizar esta función. Que puedan cumplir esta función depende, a su vez, de que todas las opiniones, puntos de vista e intereses existentes en la sociedad tengan ocasión de manifestarse y ser dados a conocer”²⁹⁷.

Cuando hay carencia o insuficiencia de estos procedimientos, los reclamos ciudadanos y las manifestaciones y protestas constituyen mecanismos de deliberación directa y de cauce democrático para el buen funcionamiento del sistema de representación política y para el desenvolvimiento de decisiones justas, equitativas y que beneficien al bien común. Por tanto, no basta con que los parlamentos cuenten con una ley orgánica que regule la actividad legislativa y las competencias de los legisladores, así como tampoco basta con procedimientos reglados de discusión legislativa, sino que hace falta contar con procesos sociales en que a la discusión parlamentaria reglada se le sume el control ciudadano y su consecuente participación como antesala de los acuerdos legislativos. En otras palabras, “para que esto sea posible no basta con limitarse a considerar los mecanismos reglados de decisión, sino que hay que tener en cuenta los procesos sociales de formación de la opinión pública. Si los procedimientos de toma de decisiones deben conservar la complejidad existente, los procesos de formación de la opinión pública deben contribuir a la generación y consolidación de alternativas, es decir, al incremento de la complejidad. Para que una

²⁹⁶ *Ibidem.*, p. 141.

²⁹⁷ *Ibidem.*

determinada propuesta se convierta en una alternativa tienen que ser posible la puesta en común, discusión y maduración de dicha propuesta. Los procesos de formación de la opinión pública deben contar con mecanismos que cumplan esa función para que se pueda decir que son potencialmente generadores de alternativas. De esta capacidad depende que deban ser considerados o no dignos de protección por el derecho en el marco de un sistema que se pretenda <<democrático>>”²⁹⁸.

Por consiguiente, sólo a través del fortalecimiento de la opinión pública mediante el reclamo popular hacia una democracia más deliberativa y pluralista es que se puede calificar la legitimidad del poder político. De ese modo, tanto el derecho de resistencia ejercido a través de la desobediencia civil como la protesta social ayudan a la calificación legítima o ilegítima del poder político y a la consolidación de una opinión pública que debe cumplir esencialmente tres funciones: i) una función legitimadora del poder político; ii) una función legislativa; y, iii) una función de control, freno y límite al poder. En cuanto a la función legitimadora del poder político, el profesor José Manuel Rodríguez Uribes expresa que “sólo el poder político que es expresión o resultado de la opinión pública (momento de la opinión) concretada en la voluntad general (momento de la decisión) se puede calificar de legítimo, pues sólo en aquéllas reside la soberanía”²⁹⁹.

La legalidad y legitimidad de las actuaciones de los poderes públicos y del poder político es dada en gran medida por la opinión pública que califica si es que dichas actuaciones cumplen con lo dispuesto en la Constitución y en la ley. Esta función legitimadora cumple un rol importante en el fortalecimiento de la democracia y de la participación ciudadana y pone a los derechos fundamentales como contrapeso o límites al Poder.

En efecto, ese contrapeso gana terreno en el ejercicio del derecho de resistencia y en la desobediencia civil a actos, políticas públicas y normas que se considera que no engranan en su contenido el valor justicia, y que por tanto son arbitrarias, abusivas e injustas. En esos actos de resistencia y protesta social, la opinión pública al calificar la legitimidad del poder político lo que pone de manifiesto es lo dicho por Hermann Heller cuando expresó que “todo poder debe preocuparse por aparecer como jurídico, por lo menos para la opinión que públicamente se expresa”³⁰⁰, y que “la doctrina de la opinión pública como fuerza gobernante constituye una forma singular de la relativización del Estado al pueblo y de la

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ RODRÍGUEZ URIBES, J.M.; *Opinión pública...*, op.cit., p. 200.

³⁰⁰ HELLER, H.; *Teoría del Estado*, ed. y prólogo de Gerhart Niemeyer, trad. de Luis Tobío, 10ª ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 192.

identificación del poder del Estado con la voluntad del pueblo. [...] Desde el momento en que las fundamentaciones religiosas de la autoridad no son ya suficientes, la sociedad civil reclama una legitimación racional de su obediencia política, con lo cual cobra su opinión, públicamente exteriorizada, importancia suma para la permanencia de la unidad estatal”³⁰¹.

En cuanto a la función legislativa que tiene la opinión pública, el profesor Rodríguez Uribes menciona que ésta “[...] trae causa de la función soberana y de legitimación del poder y supone que el poder legislativo creador de normas jurídicas esté vinculado u obligado a lo que determine con carácter previo la opinión pública-voluntad general. En realidad, la función de legislar corresponde así a la sociedad en su conjunto, al pueblo soberano, y no al poder legislativo, que, como hemos visto no es autónomo”³⁰². Se pensará entonces que con esta función legislativa dentro de la opinión pública se rechaza la representación y se apuesta por una democracia directa, pero más bien lo que se busca es – en mi criterio– vincular la representación con el interés general del pueblo en donde reside la verdadera soberanía popular. Esa conexión que debe existir entre los legisladores y los ciudadanos es la que fundamenta y califica la legitimidad de la actuación parlamentaria y el debate público. Mientras mayor sea la participación ciudadana en la formulación de proyectos de ley y en la discusión normativa, mayor será el nivel democrático con que el contenido formal y material de las normas logre insertarse o tener calado dentro del tejido social.

Finalmente, la función de control, límite o freno al poder que tiene la opinión pública a través de formas de resistencia y protesta social, genera la colocación del pueblo como verdadero veedor y auditor de las actuaciones del poder político y de los poderes públicos y pone de relieve la voluntad general como directriz de los acuerdos decisionistas que parte de un disenso previo y que *a posteriori* tienen como resultado el deseado consenso pluralista. Por tanto, “la voluntad general, además de ser la instancia legitimadora del poder, dotada de potestad legislativa, se va a presentar también [...] como un instrumento de control, freno o límite de aquél, entendido en un sentido amplio o difuso. Es decir, la opinión pública-voluntad general no va a limitar sólo la actuación del legislativo, lo que hace básicamente a través de su función legisladora, sino también la del ejecutivo, la del gobierno, así como la de los jueces y la de cualquier otro poder fáctico, incluyendo a todos los ciudadanos, individualmente considerados o en grupo, que comienzan siendo soberanos

³⁰¹ *Ibidem.*, p. 190.

³⁰² RODRÍGUEZ URIBES, J.M.; *Opinión pública...*, *op.cit.*, p. 224.

de la opinión pública-voluntad general, y terminan siendo, por coherencia democrática, sus súbditos”³⁰³.

Esa sujeción de los ciudadanos a la opinión pública que se genera en las diversas formas de resistencia y protesta social –entre ellas, la desobediencia civil– lleva en mi criterio a concretar un mecanismo de defensa de la Constitución y el orden constitucional y democrático desde un punto de vista externo (mecanismo ciudadano) y otro interno (mecanismo institucional) dentro de la gobernanza política y social. El mecanismo ciudadano se debe centrar en la creación de una verdadera resistencia constitucional a la que se describirá más adelante, mientras que el mecanismo institucional en la defensa de la Constitución pone la atención sobre el papel que deben cumplir los jueces constitucionales ya sea a través de un Tribunal Constitucional o una Corte Constitucional.

Consecuentemente, la procedimentalización en cuanto a la defensa de los valores y principios constitucionales y democráticos y al respeto de la Constitución no se queda solamente en el papel que jueguen los legisladores a la hora de la creación normativa, ni tampoco en el freno o límites que se coloque a la actuación de la función gubernativa o ejecutiva, sino que también es importante el papel que juegan los jueces constitucionales, a los que también hay que obligar a actuar mediante el ejercicio del derecho de resistencia. De ese modo, “una procedimentalización suficiente de la defensa de la Constitución significaría el establecimiento de mecanismos y procedimientos de participación de los ciudadanos y grupos de la sociedad civil en esa tarea. Estos mecanismos podrían consistir en el reconocimiento a los ciudadanos de la posibilidad de cuestionar directamente la constitucionalidad de las leyes, en un incremento de las posibilidades de personarse o presentar alegaciones en los procesos ante el juez constitucional, en el establecimiento de mecanismos que permitieran instar al Tribunal Constitucional a que revisara su propia doctrina y en el establecimiento de mecanismos de responsabilidad política de los miembros del Tribunal Constitucional”³⁰⁴.

De allí que resulta importante presionar a los jueces constitucionales a que den una interpretación efectiva respecto del alcance y contenido del derecho de resistencia y de las diversas formas de protesta social, así como de la procedimentalización en la defensa de la Constitución y de los valores y principios constitucionales y democráticos. “La carencia de estos canales de participación determina que el órgano encargado de la defensa de la Constitución aparezca configurado como un tribunal, pero se vea obligado a realizar

³⁰³ Ibidem., pp. 243-244.

³⁰⁴ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; *La Constitución como proceso...*, op.cit., p. 142.

valoraciones y adoptar decisiones para las que un tribunal no está legitimado. La idea de la Constitución como proceso pretende dar una respuesta provisional a esta situación”³⁰⁵. Esa idea significa dar apertura para que los ciudadanos puedan entablar una verdadera resistencia constitucional a través de acciones individuales o colectivas que incluso puedan entrañar a la protesta social.

Al hacer de la defensa de la Constitución y de su contenido mismo un proceso, lo que se genera es “[...] una apertura de la defensa de la Constitución a la opinión pública. Se trata de considerar como criterios relevantes de interpretación constitucional las concepciones y puntos de vista existentes en la esfera pública acerca de los valores, derechos, principios, etc., contenidos en el texto constitucional. [...] La idea de la Constitución como proceso supone un anclaje de la legitimidad democrática de los procedimientos estatales de toma de decisiones en la apertura de los procesos sociales de formación de opinión pública”³⁰⁶. En ese anclaje de legitimidad democrática, entonces, lo que se genera a través de formas de resistencia y protesta social es –a mi juicio– un fortalecimiento de la opinión pública y la formación de un autogobierno como vía democrática y fuente de control y participación ciudadana en los asuntos públicos y políticos de la sociedad. En esta consolidación de un autogobierno o del gobierno del público y desde el público, “la discusión parlamentaria se realiza públicamente para que el público pueda participar en ella. Con la materialización de los derechos fundamentales, el debate ante y con la opinión pública no debe darse por finalizado con la aprobación parlamentaria de la ley, sino que debe continuar, al menos hasta que se decida en última instancia acerca de la constitucionalidad de la ley”³⁰⁷.

Con esto se evidencia –en mi criterio– que el ejercicio del derecho de resistencia y las diferentes formas de protesta social (incluidas entre ellas a la desobediencia civil) se constituyen en herramientas de participación ciudadana y consolidación democrática al conseguir el reforzamiento de la opinión pública en la defensa de la Constitución. Dicha defensa, a su vez, genera una sociedad mucho más plural y abierta en que los agentes sociales que participan dentro de una comunidad política se convierten en los verdaderos y últimos intérpretes constitucionales de las normas y actuaciones de los poderes públicos y del poder político.

³⁰⁵ Ibidem.

³⁰⁶ Ibidem.

³⁰⁷ Ibidem.

3.4 LA SERIEDAD Y ATENDIBILIDAD DE LOS ARGUMENTOS DE LOS DISIDENTES, DESOBEDIENTES Y RESISTENTES

Dentro del ejercicio del derecho de resistencia, las diversas formas de protesta social deben no sólo ser la expresión individual o colectiva de los reclamos ciudadanos, sino también la manifestación profunda hacia una mayor deliberación en los asuntos públicos que concentre un profundo diálogo plural y democrático. Ese diálogo que se reclama en las manifestaciones sociales es el que debe institucionalizarse dentro de la esfera pública y en la actuación de los poderes públicos y del poder político, puesto que el Estado lo que debe atender al ver que existen protestas y proclamas sociales es la seriedad y justificación de los argumentos de los disidentes y manifestantes.

Esa exigencia que se le da al Estado –en mi criterio– tiene que ver con la protección del derecho de resistencia no solamente en su forma de expresión libre y en su configuración de opinión pública limitadora de las actuaciones del poder público y político, sino también en cuanto a su forma argumentativa; es decir, a la manera cómo se recogen los argumentos disidentes y cómo se les da atención oportuna. En otras palabras, “esta exigencia debe sustituir a la de que el desobediente actúe <<en conciencia>>. No se trata de determinar si el desobediente está sincera y profundamente convencido de lo que defiende, pues el Estado carece de legitimidad para violar la esfera de la intimidad personal hasta ese extremo. De lo que se trata es de considerar si sus argumentos deben ser tenidos en cuenta o no”³⁰⁸.

Tal consideración –a mi juicio– supone un ejercicio de ponderación respecto al ejercicio del derecho de resistencia y a su posible colisión con otros derechos. Y es que siempre se deberá restringir un derecho para que prevalezca otro, pero en esa operación de ponderación, diría Alexy que “cuando se da un conflicto entre reglas éste se solventa o bien introduciendo una excepción en una de las reglas, o bien declarando inválida una de ellas. Sin embargo, cuando tiene lugar una colisión entre principios uno de los dos debe ceder, pero la preeminencia de un principio sobre otro variará según los supuestos. [...] La consecución de este objetivo comprende dos operaciones: la identificación de las condiciones de preeminencia y la fundamentación de que bajo tales circunstancias un principio debe prevalecer sobre otro”³⁰⁹. Con esto, si es que los jueces realizan una buena ponderación y existe una buena interpretación respecto del derecho de resistencia, las diversas formas de protesta social –entre ellas, la desobediencia civil– pueden tener limitaciones en el marco de la proporcionalidad y la necesidad democrática; y una de ellas,

³⁰⁸ Ibidem., p. 147.

³⁰⁹ ALEXY, R.; *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, pp. 83-84.

debería ser el que los actos de protesta no pueden irrumpir en la afectación de derechos de terceros.

Por tanto, si el desarrollo de los derechos fundamentales debe ser determinado por la fórmula de la ponderación, entonces, habrá que decir que “si lo que el desobediente civil pone en cuestión es una determinada operación de ponderación realizada por la autoridad, la seriedad de los argumentos de los desobedientes puede considerarse *serios* si son relevantes para ese supuesto concreto en alguno de los dos marcos en que debe inscribirse la ponderación de los derechos fundamentales. [...] Por otro lado, habría que considerar como no *atendibles* aquellas razones que consideran de manera exclusivamente unilateral uno de los polos de alguno de los marcos de ponderación”³¹⁰. En ese sentido, el ejercicio del derecho de protesta debe ser proporcional a lo que se está reclamando y debe ser una medida necesaria en una sociedad democrática. Tal ejercicio no puede sobrepasar la barrera del respeto de derechos de terceros, ni tampoco la barrera del desconocimiento del orden constitucional, puesto que, al contrario, lo que buscan las diversas formas de protesta social –especialmente las no violentas– es un correctivo o cauce democrático y deliberativo en el sistema político y social.

La mayor o menor atendibilidad de los argumentos de los manifestantes y disidentes en actos de protesta social, supondrá, por tanto, la determinación de un mayor o menor grado de proporcionalidad respecto al ejercicio del derecho de resistencia. Esto implicaría, en efecto, “la realización de una ponderación entre el principio o principios que exigen la optimización del fin que persiguen los desobedientes y el principio formal que exige la obediencia de las normas dictadas por las autoridades legalmente constituidas”³¹¹. Dicha ponderación entablará –en mi criterio– un ejercicio importante en cuanto a la calificación de las diversas formas de protesta social como medios proporcionados, misma que sólo podrá darse “[...] después de calibrar la importancia relativa del bien defendido por los desobedientes y del bien protegido por la norma desobedecida”³¹².

Por consiguiente, se ha de considerar que al tomarse en cuenta los diversos intereses y puntos de vista de los desobedientes, disidentes y manifestantes la consecuencia directa de dicha aceptación a la pluralidad de ideas será el fortalecimiento de la opinión pública por medio de la cual se puede también calificar a las diversas formas de protesta social como idóneas y efectivas. En ese ejercicio por aceptar el pluralismo y el diálogo deliberativo en la

³¹⁰ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; *La Constitución como proceso...*, *op.cit.*, p. 147.

³¹¹ *Ibidem.*, p. 148.

³¹² *Ibidem.*

actuación de lo público, “[...] una primera consideración que es necesario realizar para determinar si el recurso a la desobediencia ha sido o no proporcionado es si los puntos de vista que los desobedientes defienden han tenido la oportunidad de ponerse de manifiesto en la esfera pública y si han sido tomados en cuenta o no en la esfera institucional. La segunda consideración que debe realizarse hace referencia al poder generador de la opinión pública del grupo que promueve la desobediencia”³¹³.

El consecuente entramado de la protesta social en la opinión pública, por tanto, va a tener también que ser objeto de una ponderación en cuanto a que no es lo mismo que tanto el Estado como los disidentes y manifestantes tengan igualdad de acceso a los medios de comunicación para hacer prevalecer sus puntos de vista e intereses frente a la masa social, como si esa relación en cuanto a la disposición de medios de comunicación es desigual. En este último caso, habrá –en mi criterio– una incidencia mayor en la opinión pública pues los disidentes y manifestantes tendrán que a través de distintas formas de protesta social tratar de ocupar un mayor espacio deliberativo y dialógico en las discusiones sobre decisiones a tomarse en la esfera de lo público. A criterio del profesor Estévez Araujo, por ejemplo:

“[...] en el caso de que el grupo promotor controle determinados medios de comunicación de masas o tenga influencia sobre ellos, de modo que pueda dar a conocer sus opiniones y puntos de vista en la esfera pública e incluir los temas que le preocupan en la agenda política, entonces la *necesidad* del recurso a la desobediencia queda puesta en cuestión. En ese supuesto existiría a disposición del grupo un medio alternativo igualmente adecuado para incidir en la formación de la opinión pública cuya utilización no implica la realización de un acto de desobediencia. Por el contrario, el recurso de desobediencia civil resulta susceptible de considerarse proporcionado en el supuesto de que quienes promuevan la campaña no tengan vías de acceso a los medios de comunicación de masas o se hayan encontrado en una situación en la que se han silenciado deliberadamente sus propuestas”³¹⁴.

Esta última circunstancia es –a mi juicio–, la que justifica de manera jurídica el ejercicio del derecho de resistencia y la puesta en marcha de diferentes formas de protesta social (incluida la desobediencia civil), puesto que en esa justificación democrática y plural se encuentra el valor agregado de la defensa de lo justo; ésa que defiende el bien común; ésa que establece procesos de diálogo y debate deliberativo; ésa que fortalece la opinión pública; y, ésa que emprende en la defensa de la Constitución y en la permanencia y rigidez de los principios y valores constitucionales y democráticos. En efecto, esa defensa implica

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ *Ibidem*., pp. 148-149.

la elaboración y configuración de una nueva forma de resistencia que, a mi criterio, se basa en la implementación de un sistema de resistencia constitucional reforzado como mecanismo de protesta social que reviste una relación más equitativa entre el poder político y los poderes sociales, pues empieza a haber una nueva jerarquía de estos últimos que logran posicionarse con mucha más fuerza dentro de la esfera pública y política.

3.5. FRENAR LA VIOLENCIA ESTRUCTURAL Y EMPRENDER LA RESISTENCIA CONSTITUCIONAL

Frente a la cada vez más violenta y fragmentaria forma en que opera el accionar del poder político en ciertos Estados –y han sido descritos anteriormente varios ejemplos de ello–, lo que se necesita –en mi criterio– es la puesta en marcha o elaboración de un proceso de resistencia cívica y ciudadana que logre rescatar los valores y principios democráticos contenidos en la Constitución con la finalidad de rescindir el sistema político o democrático degradado y emprender uno nuevo; más eficiente y más dinámico. Las relaciones internas, por tanto, entre poder político, poder social, poder económico, democracia, ideologías y pluralismo deben encauzarse en el marco del disenso y la consolidación de un diálogo intersubjetivo. Cuando no se da este diálogo y no queda claro la jerarquización democrática y plausible entre estas relaciones de poder y decisión colectiva y ciudadana, entonces las formas de resistencia y desobediencia civil deben activarse con mayor razón para salvaguardar el bien común y el interés ciudadano de mantener una democracia sólida.

Y es que, efectivamente, “[...] la única resistencia que puede justificarse en el ámbito del Estado democrático constitucional debe tener como objetivo el restablecimiento y el reforzamiento de la legalidad constitucional y, específicamente, de aquellas constituciones y cartas internacionales de derechos surgidas a mediados del siglo XX y concebidas como una contención neta y como un antídoto contra los nacionalismos y la época de las tiranías que ensangrentaron la primera mitad del siglo pasado”³¹⁵. Por tanto, las formas de resistencia frente a la tiranía y el abuso desmedido del poder serían herramientas para encauzar el direccionamiento democrático que ha sido quebrantado por la ilegalidad en las actuaciones de los poderes públicos y del poder político. La falta de legitimidad en la actuación pública y la poca participación ciudadana en la toma de decisiones públicas discutidas desde el disenso genera –en mi criterio– un cambio en el constitucionalismo: éste ya no es meramente formalista, sino que pasa a ser más de tipo liberador.

³¹⁵ VITALE, E.; *Defenderse del poder...*, op. cit., p. 122.

Si se piensa, entonces, en que el tiempo actual de correctivo democrático e institucional es el de los derechos, pues –parafraseando a Bobbio– se dirá que ya la cuestión no está en garantizarlos sino en protegerlos, lo cual se busca también mediante actos no violentos de resistencia social. Ese cambio, por tanto, del constitucionalismo formalista a uno de tipo liberador cambia también la relación de la ley frente a los individuos y su operatividad. En escenarios poco democráticos donde la mayoría no respeta a la minoría y actúa al margen de las reglas de juego democrático, lo que sucede es que se da una inversión sustancial no sólo a la hora de resistir, sino también a la hora de generar un cambio en el sistema político y democrático. El cambio de abajo hacia arriba, proclamado por las minorías, vendría a estar correlacionado con lo que Ferrajoli llama *la esencia del constitucionalismo*, que es justamente, la <<ley del más débil>>³¹⁶.

Pero es precisamente esa debilidad la que, -en mi opinión– es tomada por desprecio por las mayorías tiránicas concebidas en grupos de individuos que ocupan las más altas dignidades en las esferas del poder y en las instituciones públicas, que pretenden instaurar una especie de “supremacía de la actuación pública legalizada” simplemente por representar un número superior de personas (y consolidar una mayoría en instituciones como el parlamento) frente a uno inferior al que se le resta importancia en la esfera de lo público y en la toma de decisiones (que viene a ser una minoría). Tal proceso discriminatorio y antidemocrático es el que se intenta combatir mediante formas de resistencia como la desobediencia civil y otras formas de protesta social, en las que el encauzamiento del orden público hacia la paz social, la democracia y la permanencia del respeto y promoción de los derechos humanos debe ir direccionado a enfrentar y desterrar las tendencias violentas que enfrentan muchos Estados en la actualidad.

Esas tendencias violentas que marcan una estructura de dominación de mayorías frente a minorías y de sumisión de las últimas frente a las primeras, generan la configuración cada vez más arraigada de autocracias o dictaduras que terminan por instaurar Estados criminales. Algunos ejemplos ya han sido descritos con anterioridad, como por ejemplo el caso de mayorías legislativas casi absolutas en Ecuador y Venezuela en las que se toman decisiones sin respetar a las minorías a las que no se escucha y que cuando realizan actos de protesta se les criminaliza. El cambiar esa cultura de entronización del poder violento, por una cultura de distribución del poder mediante el control ciudadano y la fiscalización supone combatir a las formas de violencia estructural de las que habla Giuliano Pontara;

³¹⁶ Vid., FERRAJOLI, L.; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2010.

ésas que se imponían en el nazismo pero que en la actualidad resurgen en la ilegalidad de la actuación de los poderes públicos y del poder político de ciertos Estados. Tales formas de violencia estructural son:

“[...] a) la visión del mundo como escenario de una despiadada lucha por la supremacía; b) el derecho absoluto del más fuerte; c) la desvinculación de la política de cualquier límite moral; d) el elitismo; e) el desprecio por el débil; f) la glorificación de la violencia; g) el culto de la obediencia absoluta; y, h) el dogmatismo fanático”³¹⁷.

El embate social y político, por tanto, que tienen esas formas estructurales de violencia en una determinada comunidad política es muy grave, pues afecta la institucionalidad y la gobernanza democrática de un Estado, desnaturalizando así su esencia democrática y haciendo de la Constitución un mero acuerdo formal de voluntades y no un instrumento que coloque a los agentes sociales participantes en tal o cual sociedad como fines en sí mismo para alcanzar el desarrollo pleno de su personalidad y hacer del pacto social un acuerdo en que los valores y principios constitucionales y democráticos sean permanentes en la consecución de la justicia y el bien común. Así, la desnaturalización de la Constitución como instrumento de control y límite de la actuación de los poderes públicos y del poder político, convierte a éste en instrumento de la autoridad personal que actúa al margen de la legalidad y del orden constitucional.

En efecto, como señala Francisco Tomás y Valiente: “si una Constitución, ni separa poderes, ni reconoce y garantiza derechos, ni encauza el juego político de las fuerzas reales de la sociedad, puede resultar muy cómodo gobernar con ella, con ella como máscara, porque no se gobierna según ella o vinculados a ella, pues no actúa como límite ni ejerce resistencia, frente al poder, ni organiza los poderes del Estado, ni encauza la realidad política, ni garantiza los derechos que declara”³¹⁸. Por tanto, la propuesta que planteo para defender la Constitución como instrumento de control de la actuación del poder y garantía de los derechos fundamentales es la que se encuadra dentro de la llamada *resistencia constitucional*. Esta forma de resistencia, resulta –a mi juicio–, la única viable para adaptar a la Constitución a un proceso de cambio político y democrático, lo cual no significa un cambio de texto a través de una nueva Asamblea Constituyente ni de una reforma, sino una adaptabilidad del texto constitucional al contexto político y social en que se esté desarrollando tal o cual comunidad política.

³¹⁷ PONTARA, G.; *L'antibarbarie...*, op.cit., p. 27.

³¹⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F.; “La resistencia constitucional y los valores”, artículo publicado en: *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 15-16, 1994, p. 636.

Si bien es cierto que la idea de resistencia constitucional viene correlacionada a la de rigidez, no hay que confundir dichas categorías, puesto que “resistencia no equivale, pues, a duración, ni a resistir el paso del tiempo. Pero la resistencia implica poder constituyente democrático: la voluntad política de a) estructurar el ordenamiento jurídico merced al principio de jerarquía normativa con la Constitución como norma de las normas; b) reconocer y garantizar derechos fundamentales, vigentes ex Constitutione y protegidos jurisdiccionalmente; y, c) que el sistema de poderes del Estado y los derechos de los ciudadanos tengan vigencia efectiva y, en consecuencia que el juego político de todo ello resultante quepa realmente en la Constitución de forma estable y no efímera. La resistencia sería algo así como duración efectiva de la Constitución y pondría de manifiesto el éxito del poder constituyente al haber acertado a elaborar un texto adecuado a la voluntad democrática del momento inicial, pero también dotado de mecanismos técnicos capaces de adaptarlo a las cambiantes preferencias democráticas del pueblo soberano”³¹⁹, mientras que la rigidez sí tiene que ver con el contenido formal y material de la Constitución y el establecimiento de cláusulas pétreas que impidan su modificación o alteración.

Para ilustrarlo mejor, entonces, “si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma del texto de la Constitución, resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma. Resistir es oponerse un cuerpo a la fuerza de otro, tolerando o aguantando su empuje sin romperse. La resistencia constitucional ha de ser elástica, consiste en asimilar, sin dejarlas fuera, las distintas expectativas políticas no frontalmente opuestas a su texto y a su sentido sistemático, es decir, a la Constitución como un todo”³²⁰. Nace así –a mi juicio– la idea de defender la Constitución como un proceso externo de reivindicación y reinención social y política por medio del cual se adapta el texto constitucional al contexto actual de tal o cual comunidad política y social y sin necesidad de reformas que pueden ser burocráticas, abusivas, injustas, inconsultas e inconstitucionales. Ya no sólo se mira, por tanto, a la Constitución desde el procedimiento interno –más o menos agravado– en el que se intenta mantener una cierta rigidez constitucional o abrirse a una cierta flexibilidad, dando incluso a ciertos órganos como el legislativo la facultad de actuar *a posteriori* como poder constituyente oficial, sino que se mira a la adaptabilidad de la Constitución y su sujeción desde el poder y control ciudadano y no solamente político.

Un caso de esto puede ser el acaecido en Ecuador, en que la función legislativa –actuando como poder constituyente oficial– aprobó reformas constitucionales (mal llamadas

³¹⁹ Ibidem., pp. 636-637.

³²⁰ Ibidem., p. 639.

enmiendas) por vía legislativa (procedimiento dado por la misma Constitución ecuatoriana vigente), lo cual genera una cierta flexibilidad de modificación constitucional pero no de adaptabilidad según los requerimientos de los miembros de la sociedad ecuatoriana. Se plantea ahí por tanto, que dichas reformas eran innecesarias y que algunas, al vulnerar derechos fundamentales o ser regresivas a los mismos, debían ser declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional del Ecuador. Indiscutiblemente, se abre a debate la siguiente cuestión: ¿Resistir en defensa de la Constitución para adaptar su contenido a nuevos cauces democráticos y políticos en el sistema social sin necesidad imperiosa de reforma? y –en mi criterio– creo que es mejor la resistencia que la reforma pues recrea una unidad política, jurídica y social, lo que no hace la reforma que sólo busca una alteración al texto constitucional que no necesariamente puede empatar con el orden constitucional y la legalidad y ser expresión de la voluntad general del pueblo soberano.

De ese modo, entonces, la continuidad, vigencia o permanencia de la Constitución viene dada por la orientación social que los individuos partícipes en una comunidad política puedan darle, y no solamente por sus contenidos materiales y formales en concreto. Esa orientación social tiene que estar motivada por acciones de defensa constitucional que –a mi criterio– deben realizarse desde la resistencia constitucional como forma de protesta social, puesto que los agentes sociales participantes en una comunidad social y política deben ejercitar el derecho de resistencia e insistir en la idea de que “[...] los constituyentes “reconocen” valores no los constituyen. Lo fundamental para la estabilidad de una práctica constitucional es que las generaciones vivas se “reconozcan” en esos mismos valores aunque sin duda es posible que los “teoricen” de maneras distintas a como los hubieran teorizado los “padres fundadores”. [...] En la medida en que las generaciones vivas “reconozcan” también los valores incorporados a la Constitución (aunque –repito– tal vez los teoricen de maneras diferentes) la estabilidad de esa Constitución está, me parece, garantizada”³²¹.

En síntesis con lo anterior, entonces, mi propuesta de resistencia constitucional en el plano de una dimensión subjetiva como forma de protesta social vendría dada por: a) La fuerza colectiva y resistente con que los miembros de una comunidad política buscan adaptar el contenido de la Constitución a los cambios políticos y sociales sin necesidad de reforma sino como una muestra de defensa del orden constitucional con sujeción a la permanencia de valores y principios constitucionales y democráticos; b) El desarrollo

³²¹ AGUILÓ REGLA, J.; “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, artículo publicado en: *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 26, 1989, p. 50.

ejercitable del derecho de resistencia a través del cual toma forma la resistencia constitucional debe buscar una debida diligencia y tutela protectora por parte de autoridades estatales –en especial, legisladores y jueces– para un cambio y correctivo en lo dañino del sistema político y social; c) La resistencia constitucional como forma de protesta coloca a los agentes sociales dentro de una comunidad política como verdaderos actores de un poder constituyente democrático: aquél en que las decisiones se toman a partir del disenso, del diálogo plural y respetando las reglas de juego de la democracia deliberativa; d) Una vez que se consigue acentuar ese poder constituyente democrático mediante la resistencia constitucional como forma de protesta social, se hace mucho más exigible la permanencia de valores y principios democráticos dentro del sistema político y se enrumba la defensa de la Constitución como proceso social y colectivo; y, e) Al existir una defensa de la Constitución como proceso la democracia pasa a ser de tipo abierto y no cerrado, lo cual obliga inclusive a las mayorías a salvaguardar mecanismos institucionales y legales que permitan la adopción y configuración de alternativas políticas y sociales disímiles y distintas a lo existente (lo cual puede darse desde un diálogo intersubjetivo con las minorías).

Es así que, la propuesta que he descrito anteriormente se centra en una visión pluralista de la sociedad en que el incremento de la opinión pública y la participación ciudadana es consustancial al desarrollo de diversos puntos de vista, ideas e intereses que buscan la configuración de un tejido social sólido y sostenido en la posibilidad de acuerdos discutidos y no solamente en consensos fácticos. Como bien señala Josep Aguiló Regla, “la clave de la continuidad constitucional está en poder interpretar la acción de los constituyentes como orientada por el reconocimiento de principios y valores y la acción de los constituidos como orientada también por el reconocimiento de esos mismos principios y valores”³²². Esta acción de resistencia, obligará –en mi criterio– a que tanto los poderes públicos (poder gubernativo-ejecutivo, legislativo y judicial) como el poder político cambien su manera despótica de actuar y apliquen correctivos en la gobernanza pública, manteniendo vigentes los principios y valores constitucionales y dotando a la Constitución de mecanismos de adaptabilidad política y social para generar mayor contrapeso –a través de los derechos fundamentales– en el sistema político, colocando al control ciudadano como límite a la actuación del poder y buscando mayor coordinación democrática entre las autoridades estatales y los ciudadanos, volviendo al ordenamiento jurídico-político más dinámico y reivindicando un orden constitucional más justo y equilibrado.

³²² *Ibidem*.

3.5.1 RECONOCER LA NUEVA JERARQUÍA DE LOS PODERES SOCIALES

Corrompido como suele estar en no muy pocas ocasiones el poder político, resulta necesario el reconocimiento de la jerarquía de los poderes sociales, puesto que al insertarse con cada vez más frecuencia las diversas formas de protesta social como herramientas de cauce democrático, lo que se produce es que el poder colectivo de la opinión pública esté por encima del poder individual de la esfera privada. Esto no quiere decir que se deba interferir o entrometer en la libertad de los individuos, al contrario, lo que supone es encauzar a la resistencia constitucional y a las diversas formas de protesta social dentro de una ética pública que busca la consolidación de valores democráticos y constitucionales. Esa ética pública empoderada por los movimientos sociales que ganan más fuerza y terreno en el debate público, intenta implantar dentro de las discusiones públicas un control ciudadano que actúa como límite al poder político e incluso por encima de él, tratando de combatir la concentración del poder en uno solo, o en pocas manos.

La problemática de un poder sin control supone, por tanto, ver que “la concentración en las mismas manos, o en pocas manos, de los poderes político, económico y mediático, que ya no se controlan recíprocamente sino que, por el contrario, persiguen el objetivo común del control social y de la marginación del disenso radical a través de los medios y de las estrategias que les son propias, se está convirtiendo en un elemento estructural de distorsión y de inquina de la convivencia civil y de los procedimientos democráticos”³²³. Es decir que, -a mi criterio-, si el control político está por encima del control social lo que ocurre es que los agentes sociales participantes en una comunidad política corren el riesgo de estar siendo gobernados bajo regímenes despóticos que escudados en una falsa legalidad consiguen montar todo un sistema político que no tiene pesos ni contrapesos, ni tampoco frenos institucionales y garantías normativas y jurisdiccionales efectivas para tutelar y amparar posibles vulneraciones a derechos fundamentales y humanos.

Por ello, al trazar una ruta de resistencia constitucional, los manifestantes o disidentes tienen que buscar una unidad colectiva que se encuadre en grandes concentraciones de masas y movimientos populares que logren encauzar las demandas ciudadanas y los reclamos en acuerdos o resoluciones ciudadanas que deberían ser llevadas ante los poderes públicos para su efectivización. La conformación de asambleas ciudadanas es vital para el empoderamiento de un control social por encima del político que logre ponerle frenos y límites y que reivindique a la Constitución como el eje o motor direccional de la conducta de los miembros de una determinada comunidad social.

³²³ VITALE, E.; *Defenderse del poder...*, *op.cit.*, p. 89.

Ese cambio en que movimientos sociales, manifestantes, disidentes y sociedad civil en general adquieren un control ciudadano que se transforma en poder democrático y que controla al poder político, supone una nueva jerarquización de participación ciudadana, en que el debate público está regido por el poder social y ya no por el poder político –única y exclusivamente–. Empero aunque exista un cambio en la jerarquización del poder a través de la resistencia constitucional como forma de protesta social, también es cierto que dentro de la sociedad civil hay que combatir también contra poderes económicos y sociales que puedan querer acaparar poder no en beneficio de la colectividad y el interés común, sino en beneficio de intereses que tampoco responden a la libertad individual sino que responden a un utilitarismo material. Por ejemplo, dentro del mercado, existen empresas, entidades financieras o corporaciones que no adecúan sus planes organizacionales y su estrategia productiva dentro de una responsabilidad social empresarial que incluya como límite y contrapeso de su actuación a los derechos humanos. En ese caso, la privatización del poder también es un riesgo que se debe combatir mediante la resistencia constitucional en que se encauce la actividad económica dentro del derecho al desarrollo sostenible y a la paz social. Esa resistencia no supondrá vulneración al derecho de propiedad en ningún caso, pero sí un control constitucional efectivo de la actuación empresarial. Así, de manera constitucional el mercado también es regulado por principios democráticos a los que se debe regir para garantizar un equilibrio productivo justo y ordenado.

La nueva jerarquización de los poderes sociales, entonces, genera una nueva configuración de poder público, que muta y se transforma –a mi modo de ver– en un “poder en público”, donde prima la transparencia, el control ciudadano y la rendición de cuentas, generando así que no haya una estatización excesiva del poder ni tampoco una privatización desmedida de aquél que termine en abusos y en falta de fiscalización y control efectivos.

3.5.2 NO SOLO ESTADO O MERCADO. ABOGAR POR UNA PROPUESTA ANTIUTILITARISTA

Frente a la propuesta de que los disidentes o manifestantes elaboren una ruta de resistencia constitucional contra el poder desmedido y arbitrario –que puede provenir en su mayoría de una fuerte estatización y control de poder, pero también y no en pocas ocasiones de una privatización del mismo con intereses utilitaristas– habría que agregar que en la actualidad hace falta abogar por una constitucionalización también de los poderes ideológicos, puesto que está bien que en una determinada comunidad política existan diversas miradas del mundo o puntos de vista y opiniones disímiles, pero lo que sí supone un riesgo es que esas ideologías traten de insertar un discurso inhibitorio justificado por

fundamentalismos que acaban acribillando y vulnerando derechos fundamentales y humanos. Esta reinención del constitucionalismo como fuente liberadora de las sociedades, supone poner límites al poder ideológico; “poder que, por su naturaleza, se encuentra entre el derecho público y el derecho privado; que encuentra su lugar en la intersección entre el tradicional constitucionalismo de derecho público y el constitucionalismo, que falta por inventar, de derecho privado”³²⁴.

El manejo entonces del orden público no debe correr solamente a cargo del Estado, sino también de los agentes sociales participantes de la comunidad política, como tampoco el manejo privado debe suponer una concentración arbitraria de poder en pocas manos. A través de la resistencia constitucional lo que se logra es –en mi criterio– una reconstrucción del constitucionalismo liberador en una doble dimensión: a) una dimensión política y social que trata de combatir al utilitarismo estatal y privado y que, por tanto, pone límites al poder ideológico; y, b) una dimensión de ética pública y ética privada para el desarrollo que permite combatir al poder económico sin regulaciones y dotarle al mercado de mayor eficiencia y productividad pero desde la responsabilidad social y el equilibrio económico sustentable. Se intenta, por tanto, ubicar a los derechos fundamentales como una prioridad axiológica dentro de la esfera pública y privada y en la nueva jerarquización de los poderes sociales, ponerlos a éstos por encima de los poderes estatales y de los derechos patrimoniales, que sin un efectivo control, pueden llegar a convertirse en poderes salvajes que terminan degradando, como se ha descrito anteriormente, al sistema político y democrático de una determinada comunidad social.

Sin embargo, hay que reconocer que “si nos concentramos *solamente* en este trabajo de constitucionalización, existe el riesgo de que para embridar a los poderes salvajes, para contenerlos, deba crearse una legislación cada vez más exigente y detallada que produzca, a su vez, organismos de control cada vez más poderosos y necesariamente autónomos pero, precisamente por ello, expuestos a convertirse en una nueva nomenclatura, que termine por ser transversal respecto de los poderes que debía controlar y en un continuo intercambio con otras nomenclaturas de las que acabaría alimentándose. Aun animado de las mejores intenciones, el simple trabajo de constitucionalización podría ofrecer un remedio que sería peor que la enfermedad: una máquina burocrática que acaba no siendo adecuada para el fin que se propone, esto es, limitar el poder”³²⁵. Y es que, precisamente, existen casos en que si los órganos de control creados para poner freno a esos poderes salvajes no son autónomos,

³²⁴ Ibidem., p. 101.

³²⁵ Ibidem., pp. 101-102.

terminan por subsumirse a la acción del controlado y destierra de su objeto el fin del controlador que es poner límites a las actuaciones abusivas del poder.

Por ello, considero que a más de la resistencia constitucional se debe aumentar la calidad de la democracia deliberativa, para que al defender de la Constitución, los disidentes y manifestantes logren incluir en la agenda política no sólo correctivos democráticos sino también modelos de convivencia colectiva que permitan adaptar los valores y principios contenidos en la Constitución a un nuevo contexto de comunidad política más plural y con mayor equilibrio social.

Esa defensa constitucional puede, inclusive, encuadrar un nuevo contexto social y adaptar la Constitución hacia nuevas exigencias morales, políticas y sociales que pueden configurarse en varios estadios de voluntad individual y colectiva, que enmarcados en una unidad democrática que logre acuerdos desde el disenso, podrían ser los siguientes: a) el estadio de formaciones sociales (donde se adapta la Constitución hacia exigencias sociales vistas desde el entorno familiar, colectivo y económico y de mercado; b) el estadio de formaciones productivas y de desarrollo sustentable y democrático en que se establezcan los servicios públicos esenciales para el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos de una comunidad política y también la libertad de emprendimiento con responsabilidad social corporativa; y; c) un estadio de la solidaridad pública y privada que mediante la adaptabilidad de la Constitución a un nuevo contexto social, genere un colectivismo democrático que supere las barreras que puede imponer el individualismo democrático con el que se concentra el poder en pocas manos y no se lo distribuye en aras del bien común.

3.5.3 RESISTENCIA NO VIOLENTA. POR LA SUPERACIÓN DEL CONCEPTO DELIBERATIVO DE DEMOCRACIA

Está claro que los disidentes o manifestantes que ejercen el derecho de resistencia y protesta social lo hacen por no sentirse representados e incluidos en la toma de decisiones de carácter público que afecta a sus derechos e intereses y que coloca barreras o limitaciones al libre desarrollo de su propia personalidad, pero también está claro que ese reclamo por reivindicar espacios más deliberativos y plurales debe hacerse desde una mirada resistente de carácter no violento. Ciertamente es que en algunos casos se tiene que acudir a la presión social mediante el ruido, cierre de vías, cacerolazos, etc., pero que son acciones que entran en un marco de ponderación frente a lo subvertidas que se encuentran las garantías democráticas y los estamentos e instituciones para pedir una verdadera tutela de derechos, lo cual justificaría inclusive en el plano de la protesta social –y como medida de

última ratio– la revolución, pero es mejor configurar una estrategia de protesta social y resistencia no violenta. En esa forma de resistencia, entraría –a mi juicio– la propuesta descrita en el apartado anterior respecto a la resistencia constitucional.

Efectivamente, se debe abogar por una forma de resistencia no violenta ya que inclusive en cuanto a proporcionalidad y fuerza, los poderes públicos y el poder político siempre van a contar con una maquinaria estatal y burocrática muy superior a la de los disidentes y manifestantes en las calles. Esa desproporción indica que la resolución de conflictos políticos y sociales debe hacerse desde una estrategia no violenta, pero con medidas de presión (resoluciones de asambleas populares, simulaciones de tribunales judiciales –que se transforman en tribunales ciudadanos– para juzgar casos polémicos, pancartas, blogs, etc.) que logren calar en el discurso público y en las masas, pues de lo contrario, el ejercer violencia sólo será el justificativo habilitante para que el poder político ejerza represión.

La lucha violenta, armada y provocadora, por tanto, “ofrece al poder, o mejor a los poderes formalmente distintos y separados pero sustancialmente con-fundidos, el pretexto para mostrar sin pudor su rostro diabólico; en otras palabras, ofrece legitimación al hecho de que la violencia estructural, que de momento se agazapaba prudentemente, pueda transformarse en un discurso político abierto, capaz de conquistar definitivamente a la causa del orden, como único valor político para la enorme mayoría de los ciudadanos <<no educados>> pero todavía reticentes a la militarización de la sociedad, un nuevo escalón para pasar desde la sociedad abierta a la cerrada”³²⁶.

Y, justamente, pienso en ese tránsito de una sociedad abierta y plural a una cerrada y censurada cuando al momento de que los agentes sociales participantes en una determinada comunidad política ejercen la resistencia y la protesta social, ésta se criminaliza y desde el poder político se termina por dictar *estado de excepción*; medida que, escudándose en la legalidad, permite la restricción o suspensión de derechos y libertades fundamentales, lo que puede volverse una medida inhibitoria y de censura en que el Estado Constitucional de Derecho toma anula procedimientos democráticos e impone la represión a nombre de la legalidad, aun cuando las acciones a adoptar sean desproporcionadas y no necesarias en una sociedad democrática. Ejemplos de estados de excepción con efectos inhibitorios los tenemos en Ecuador y Venezuela, donde instituciones públicas como el parlamento han sido decretadas en estado de excepción y se han militarizado para que los ciudadanos no se

³²⁶ *Ibidem.*, pp. 127-128.

acerquen a sus inmediaciones a protestar o cuando han existido protestas por temas ambientales, el Poder Ejecutivo de cada uno de esos países decretó estado de excepción (anticipando una eventual emergencia catastrófica o ambiental) como instrumento para restringir los reclamos ciudadanos y crear un efecto inhibitorio y suspensivo respecto del ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información.

La no violencia, por consiguiente, parece ser el mecanismo idóneo de presión ciudadana, puesto que cuando todas las instituciones y garantías están ya subvertidas sólo queda la unidad colectiva como medida de resistencia y reclamo social y político. Así, existen casos de unidad colectiva no violenta que ejercieron presión y no cedieron frente a actuaciones abusivas de los poderes públicos y del poder político. Uno de ellos, por ejemplo, es el conocido caso de *la masacre de Ludlow*, de abril de 1924, en que varios mineros extranjeros que trabajaban en minas al sur de Colorado, en los Estados Unidos se alzaron en huelga por los bajos salarios y las condiciones peligrosas a las que tenían que acondicionarse sin existir protocolos de seguridad. Decidieron hacer tiendas de campaña en las colinas y reusarse a trabajar. Hubo unidad colectiva y apoyo por parte del sindicato de mineros, aunque obviamente la respuesta por parte del poder empresarial de ese entonces fue la de atacar a estos mineros y asesinarlos, porque a la final los mineros también respondieron con violencia armada aun cuando en un principio ejercieron la no violencia, lo que muestra que todo acto de resistencia debe ser proporcional al fin que persigue y ser cauto en cuanto a la reacción que pueden tener los distintos poderes a los que se ataca.

Así también, casos como el de Thoreau de negarse a pagar impuestos en los Estados Unidos por ser utilizados para financiar una guerra ilegal, o el de Rosa Parks de negarse a bajarse de un asiento que en esa época era de exclusivo uso para personas de raza blanca en el servicio de transporte público, o el de Martin Luther King de combatir la segregación racial y el de Gandhi de luchar contra la injerencia británica y liberar a la India, muestran que a través de la no violencia y un discurso masivo de unidad colectiva por medio de la opinión pública genera incomodidad en el poder pero termina por presionarlo para que corrija, cambie o modifique su actuación o su conducta lesiva y abusiva.

Finalmente, la resistencia constitucional ha de generar medidas de presión no violentas que condicionen a la opinión pública a generar debate. En ese empoderamiento del discurso deliberativo, público, comunitario y colectivo, los métodos de protesta social no violentos deben ser utilizados y direccionados a la defensa de los derechos fundamentales de las personas; defendiendo su libertad e igualdad política y jurídica; y, implementado mecanismos de solidaridad y seguridad ciudadana para que “la función de

desenmascaramiento, y también de banco de prueba, de la resistencia constitucional, emprendida, infringiendo incluso el ordenamiento, pero renunciando definitivamente a la violencia como método, como aquí se ha sostenido, no solo no resulta atenuada sino que sale robustecida. Robustecida porque coloca [...] específicamente a las instituciones y a los poderes en los que hoy se materializa, en la incómoda situación de tener que salir de la ambigüedad”³²⁷.

En ese camino de resistencia constitucional y no violenta, por consiguiente, el cauce democrático y de corrección social y política está cumplido, al menos, —en mi criterio— por parte de los disidentes y manifestantes que buscan un mayor diálogo deliberativo en la toma de decisiones públicas y políticas. Ya la adopción de dicho cambio y el perfeccionamiento de combinar un constitucionalismo más liberador al contexto social de tal o cual comunidad política es condición *sine qua non* de las instituciones y los poderes públicos. Si éstos se toman en serio el hecho de que ya no es tiempo de únicamente garantizar derechos sino de protegerlos, entonces habrá un cambio dentro de los regímenes que pretenden conservar la democracia, puesto que existirá una derivación sustancial de cambio social que incluye los intereses y puntos de vista de las minorías y que da muestras de una cobertura total y no parcial de la realidad política y social de una determinada sociedad. Esa resistencia no violenta, genera —a mi juicio— por último una desviación positiva, en que se destierra la actuación inicua y opresora del poder y se la inserta en correctivos democráticos controlados por el poder social.

CONCLUSIONES

Una vez que se ha finalizado con la investigación y que se ha verificado que la política constructivista entraña un diálogo deliberativo y plural de corrección democrática, se ha podido comprender que la misma sirve como mecanismo para ejercitar la libertad de expresión en el marco de reclamos ciudadanos frente a un sistema político degenerado en el uso abusivo del Poder. En efecto, a partir de la justificación de que tal mecanismo busca defender los valores y principios ciudadanos, se ha arribado a varias conclusiones que ponen de manifiesto que la defensa de la Constitución ante un contexto en que todas las garantías democráticas se encuentran ya subvertidas o aniquiladas, se consolida única y exclusivamente a través del ejercicio del derecho de resistencia y de formas de protesta social como la desobediencia civil o la objeción de conciencia. Tales conclusiones a las que se ha llegado son, a saber:

³²⁷ *Ibidem.*, p. 133.

1. El proceso deliberativo, el pluralismo democrático y el libre intercambio de ideas y opiniones, además de las creencias colectivas por medio de las cuales se configuran y transforman las identidades sociales son el núcleo de la construcción social de la protesta.
2. Las creencias sociales dentro de la participación en la esfera pública y en la consolidación de un proceso democrático deliberativo deben ser discutidas a todo nivel (político, administrativo, económico y cultural), puesto que la construcción social de la protesta o resistencia es una lucha por ver qué actores sociales hacen prevalecer su definición del estado de la sociedad. Ese significado social que se le da a la esfera pública se lo hace a través del disenso.
3. El disenso opera como punto de partida de la democracia, puesto que es la piedra angular en la toma de decisiones conscientes y no arbitrarias o impuestas bajo un consenso preestablecido por acuerdos mayoritarios que aíslan a las minorías sociales.
4. A través del disenso se construye la deliberación democrática, donde el libre pensamiento de ideas y opiniones diversas acercan a los participantes de la esfera pública a una verdad moral; ésa que se mueve en la facticidad y validez de lo jurídico y que si no se siente legitimada por las normas (por considerarlas injustas) propone y promueve un cambio por medio de la resistencia constitucional.
5. El derecho de resistencia que viene aparejado a la protesta social toma fuerza a través de una política constructivista para normar un cambio en el sistema político y democrático corrompido. Además, establece contrapesos a la actuación del poder político desde el control ciudadano. La movilización social y colectiva por retornar a un cauce democrático y recuperar el verdadero Estado Constitucional de Derecho (que va desde un poder constituyente democrático a un poder participativo y ciudadano) se genera cuando no existen separación de poderes y garantías democráticas para el ejercicio del derecho de resistencia, lo cual hace urgente que los jueces, como garantes de los derechos adjudicados por la Constitución, puedan interpretar de manera independiente e imparcial el alcance, contenido y límites de este derecho.
6. Mediante el empoderamiento del derecho a la resistencia como consecuencia de la protesta social se genera una sujeción del poder constituyente derivado al poder constituyente originario; una sujeción de los gobernantes a los gobernados y es una primicia de la configuración del poder y control ciudadano como contrapeso a las actuaciones del poder público y político. Si el gobernante no cumple con el pacto social, el pueblo puede

dejar de obedecer el pacto pues éste se encuentra ya corrompido y se ha degenerado, y lo que queda es resistir y volver al cauce democrático e institucional deseado.

7. La protesta social logra enmarcar el derecho de resistencia en una doble justificación. Por un lado, existe una justificación del derecho de resistencia en su dimensión instrumental; aquélla en que por medio del reclamo pacífico, la toma de calles, las marchas ciudadanas o las mesas de negociación se llega a la resolución de disputas y a un cambio normativo que ajuste y corrija los problemas endógenos del sistema político y democrático hasta conseguir una real y adecuada satisfacción de las necesidades y proclamas de los ciudadanos por parte de los gobernantes. Por otro lado, el derecho de resistencia se justifica además desde una dimensión sustancial, es decir desde la participación política; aquélla que se constituye en una actividad humana de carácter individual y colectivo de formar parte integral de las discusiones en el seno de la comunidad política y de la consolidación de acuerdos desde el disenso y el respeto hacia las minorías y hacia quienes tienen puntos de vista contrarios al de la mayoría. Esa dimensión sustancial ayuda al desarrollo mismo de los agentes participantes en una comunidad política como verdaderos sujetos políticos, que entablan discursos ciudadanos para provocar cambios en el sistema político, toda vez que un sector de la comunidad política o una gran parte de individuos no se sienten representados o sienten que frente a las leyes y a la actuación del propio sistema y sus representantes están recibiendo un tratamiento injusto.

8. Las diversas formas de resistencia y protesta social –entre ellas, la desobediencia civil y la revolución– tienen un fin común que es el de mantener el pluralismo organizativo como eje central del debate público, en el que las decisiones mayoritarias no encuentran legitimación únicamente por provenir de un número superior de agentes sociales participantes en una comunidad política que despunta sobre una minoría, sino que dicha legitimación viene dada por la confluencia de un diálogo intersubjetivo y comunicativo. Esto genera la puesta en marcha de intereses colectivos sobre el autointerés personal de un individuo o una mayoría, con lo cual las decisiones adoptadas en la esfera pública parten de una discusión desde el disenso y están adheridas a valores democráticos y a principios de justicia y libertad.

9. La desobediencia civil entraña una forma de protesta social no violenta que expone una máxima de actuación frente a decisiones, normas o políticas públicas emanadas de los poderes públicos y del poder político que se consideran injustas. Tal máxima establece que si una decisión o normativa del poder político o de los poderes públicos es injusta o arbitraria, entonces no es permisible de ser cumplida y por lo tanto no hay una obligación

moral de obedecer. Ante algo injusto, por tanto, lo que queda sí es el deber moral y personal de resistir frente a esa decisión o normativa y no verse obligado a realizar dicho acto. De ese modo, se consolida el carácter público y notorio de la desobediencia civil y su finalidad de cauce y cambio democrático y político dentro de un determinado sistema social.

10. La desobediencia civil se diferencia de la objeción de conciencia por la finalidad y el carácter de la misma. La primera, se desenvuelve en la esfera pública y contribuye a la formación de la opinión pública mediante la consecución de una finalidad política de corregir el sistema antidemocrático e injusto. La segunda, en cambio, parte del derecho a la libertad de conciencia y es de carácter íntimo y personal y está movida por intereses morales o religiosos más que públicos y políticos. Lo que queda claro, es que ambas son formas de resistencia frente a decisiones que no respetan la libertad y el libre desarrollo de la personalidad o vulneran derechos fundamentales.

11. Mediante las diversas formas de resistencia y protesta social –entre ellas, la desobediencia civil, la objeción de conciencia y como medida de última ratio la revolución– se establece un proceso de socialización de la opinión pública que reivindica la participación ciudadana y reactiva el flujo comunicacional que debe haber en los espacios colectivos de discusión dentro de una comunidad política y social. Esa socialización de la opinión pública que se genera a través de la resistencia coloca a los agentes sociales participantes ya no dentro de un espacio público monolítico o monológico; condicionado a una sola postura o vertiente decisionista y reguladora del modo de vida y organización social y política, sino más bien dentro de un espacio de discusión abierto, libre y plural.

12. La resistencia constitucional y la defensa frente al poder arbitrario son formas de protesta que ayudan a construir una política constructivista desde el punto de vista ontológico, en donde la democracia adquiere un valor epistémico derivada de las decisiones y discusiones intersubjetivas, con lo que se comprueba que la hipótesis de que la política constructivista a través del disenso fortalece la democracia deliberativa, propuesta para este trabajo, es verdadera dado que el disenso fortalece la democracia deliberativa y ayuda a proyectar nuevas formas de libertad de expresión desde el derecho a la resistencia y a la protesta social.

13. Al establecerse la resistencia constitucional como mecanismo de defensa de los valores y principios constitucionales y democráticos, la Constitución ya no es vista sólo como un acuerdo formalizado de voluntades sino también como un proceso de racionalización de los intereses colectivos y ciudadanos y de materialización de esos intereses en derechos que han

de ser garantizados mediante una procedimentalización del ordenamiento jurídico. Esa procedimentalización del ordenamiento jurídico –o más propiamente dicho, del Derecho– generará mayores mecanismos participativos para la materialización de derechos fundamentales dentro de las decisiones públicas y políticas, lo que obliga a los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) no solamente a valorar una decisión tomada desde sus respectivas competencias o funciones desde un punto de vista jurídico o una visión objetiva que es imputada al pueblo, sino también desde una visión subjetiva en que lo que debe primar es la voluntad soberana del pueblo y el alcance que han de tener esas decisiones en el individuo como titular pleno de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- ACTON, L.; *Essays on Freedom and Power*, Nueva York, Meridian, 1955.
- ALEXY, R.; *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.; *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Madrid, Dykinson, 1997.
- ARAUJO GRANDA, M. P.; *La desobediencia civil. Análisis político y penal: Caso ETA*, Quito, Cevallos editora jurídica, 2007.
- ARENDT, H.; *La condición humana*, trad. de Ramón Gil Novales, Barcelona, Paidós, 2005.
- BACA OLAMENDI, L.; *Diálogo y Democracia*, 3ª ed., México D.F., Instituto Federal Electoral, 2001.
- BARBER, B.; *Democracia fuerte. Política participativa para una nueva época*, trad. de Juan Jesús Mora Molina, Córdoba, Almuzara, 2004.
- BARILE, P.; *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1982.
- BAZÁN, V.; *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho*, Quito, Fundación Konrad Adenauer Ecuador, 2009.
- BOVERO, M.; *Las reglas del juego democrático y sus violaciones en el mundo actual*, trad. de Antonella Attili y Lorenzo Córdova Vianello, Jalisco, Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco, 2008.
- CALDERÓN, F.; *La protesta social en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- CAMUS, A.; *El hombre rebelde*, trad. de Luis Echávarri, 9ª ed., Buenos Aires, Losada, 1978.
- CASQUETE, J.; *El poder de la calle. Ensayos sobre acción colectiva*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- COFFIN, W. S.; LEIBMAN, M. I.; *Civil disobedience: aid or hidrance to justice?*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1972.

COHEN, C.; *Civil Disobedience: conscience, tactics, and the Law*, Londres / Nueva York, Columbia University Press, 1971.

DAHL, R. A.; *Pluralist democracy in the United States: Conflict and consent*, Chicago, Rand-McNally, 1967.

- *La democracia*, trad. de Fernando Vallespín, Barcelona, Planeta, 2012.

DE ASÍS ROIG, R.; *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate, 1992.

- *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

DELLA PORTA, D.; DIANI, M.; *Los movimientos sociales*, trad. de Eduardo Romanos, 2ª ed, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS): Universidad Complutense de Madrid, 2015.

DÍAZ, E.; *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate, 1984.

DUFF, A.; *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

DUSSEL, E.; *20 Tesis de Política*, México, Siglo XXI, 2006.

DWORKIN, R.; *Taking the rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

ELSTER, J.; *Ulises y las sirenas*, trad. de Juan José Utrilla, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1989.

ELY, J. H.; *Democracy and distrust*, 14ª ed., Cambridge, Harvard University Press, 2002.

ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.

FALCÓN Y TELLA, M. J.; *La desobediencia civil*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2000.

- *El ciudadano frente a la Ley*, Buenos Aires, Madrid, Ciudad Argentina, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2004.

FARIÑAS DULCE, M. J.; *Democracia y Pluralismo: Una mirada hacia la emancipación*, Madrid, Dykinson, 2014.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1984.

- *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987.

FERRAJOLI, L.; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2010.

- *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011.
- *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011.

FERRERO, G.; *Potere*, Milán, Comunità, 1947, p. 217.

- FOUCAULT, M.; *Microfísica del poder*, trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, 2ª ed., Madrid, La Piqueta, 1979.
- FRIEDRICH, C. J.; *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, trad. de José Antonio González Casanova, Madrid, Tecnos, 1960.
- GAMSON, W.; *The strategy of social protest*, 2ª ed., Belmont, Wadsworth, 1990.
- GARCÍA COTARELO, R.; *Resistencia y desobediencia civil*, Madrid, Eudema, 1987.
- GODÀS PÉREZ, X.; *Política del disenso. Sociología de los movimientos sociales*, Barcelona, Icaria, 2007.
- GRIJALVA, A.; *Constitucionalismo en Ecuador*, 1ª reimp., Quito, V&M Gráficas – Corte Constitucional para el período de transición, 2012.
- HABERMAS, J.; *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.
- *La teoría de la acción comunicativa* (Vol. II), trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987.
 - *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de Ramón Cotarelo García, Madrid, Trotta, 2008.
- HELLER, H.; *Teoría del Estado*, ed. y prólogo de Gerhart Niemeyer, trad. de Luis Tobío, 10ª ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1987.
- JUNIUS BRUTUS, S.; *Vindiciae contra tyrannos. Il potere legittimo del principe sul popolo e del popolo sul principe*, Turín, La Rosa, 1994.
- KANT, I.; *Metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina y Jesús Conill, Madrid, Tecnos, 1989.
- KELSEN, H.; *La Démocratie. Sa Nature – Sa Valeur*, trad. al francés de Charles Eisenmann, París, Recueil Sirey, 1932.
- *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto José Vernengo, México D.F., UNAM, 1982.
- LARIOS PATERNA, M. J.; *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2002.
- LOEWENSTEIN, K.; *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1964.
- LÓPEZ AGUILAR, F.; *Minoría y Oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991.
- MCADAM, D.; *Political process and the development of black insurgency*, 2ª ed., Chicago, University of Chicago Press, 1999.
- MALEM SEÑA, J. F.; *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, Ariel, 1988.
- MARX, K.; *Civil War in France*, intr. de Friedrich Engels, trad. de Martin Lawrence, Londres, 1933.

- MELUCCI, A.; *Nomads of the present: Social Movements and individual needs in contemporary society*, trad. de John Keane y Paul Mier, Londres, Hutchinson Radius, 1989.
- NAVARRO VALLS, R.; MARTÍNEZ TORRÓN, J.; *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997.
- NINO, C.S.; *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- OQUENDO, A. R.; *Democracia y Pluralismo*, México D.F., Fontamara, 2004.
- PÉREZ LUÑO, A. E.; *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel Derecho, 1991.
- PINELLI, C.; PRESNO, M.; *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014.
- PONTARA, G.; *L'antibarbarie. La concezione etico-politica di Gandhi e il XXI secolo*, Turín, Gruppo Abele, 2006.
- POPPER, K. R.; *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. de Eduardo Loedel, Barcelona, Paidós, 2006.
- PORTELA, J. G.; *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- PRZEWORSKI, A.; *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- RADBRUCH, G.; SCHMIDT, E.; WELZEL, H.; *Derecho Injusto y Derecho Nulo*, trad. de José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971.
- RAWLS, J.; *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González, 2ª ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995.
- *El derecho de gentes y <<una revisión de la idea de razón pública>>*, trad. de Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001.
 - *Justicia como equidad*, trad. de Miguel Ángel Rodilla, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2012.
- RAZ, J.; *The Authority of the Law. Essays on Law and Morality*, New York, New York Clarendon Press, 1983 (reimpr. 1ª ed. 1979).
- RODRÍGUEZ URIBES, J.M.; *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Madrid, Marcial Pons, Monografías jurídicas, 1999.
- SÁBATO, E.; *La resistencia*, Buenos Aires, Planeta / Seix Barral, 2000.
- SALAMANCA, A.; *El Derecho a la Revolución. Iusmaterialismo para una política crítica*, San Luis Potosí, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí / Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, 2006.
- SAMPEDRO, V.; *Opinión pública y democracia deliberativa*, Madrid, Istmo, 2000.
- SANDEL, M. J.; *Filosofía pública*, trad. de Albino Santos Mosquera, Barcelona, Marbot, 2008.
- *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez, México D.F., Tribunal Federal Electoral / Editorial Patria, Alianza, 1993.
- SINGER, P.; *Democracy and disobedience*, Oxford, Oxford University Press, 1973.

- *Democracia y Desobediencia*, trad. de Marta I. Gustavino, Barcelona, Ariel, 1985.
- SORIANO, R.; *La desobediencia civil*, Barcelona, PPU Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991.
- SOTO OBREGÓN, M. E.; *¿Testigos de Jehová vs. Símbolos patrios?*, México D.F., Plaza y Valdés, 2003.
- THOREAU, H.; *Sobre la desobediencia civil*, trad. de María Cristina Restrepo, 1ª reimp. a la primera edición 2011, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 2014.
- TOURAINÉ, A.; *¿Qué es la democracia?*, trad. de Horacio Pons, 2ª ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000.
- TOURAINÉ, A.; KHOSROKHAVAR, F.; *La recherche de soi, dialogue sur le sujet*, París, Fayard, 2000.
- TULLY, J.; *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.; *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, pról. de Gurutz Jáuregui, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- VILLEY, M.; *Consideraciones en pro del Derecho Natural Clásico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966.
- VITALE, E.; *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, trad. de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Trotta, 2012.
- VON IHERING, R.; *La lucha por el Derecho*, trad. de Diego A. De Santillán, México D.F., Cajica, 1957.
- WELZEL, H.; *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (que en español se traduce como: "Derecho Natural y Justicia material"), 4ª ed., Göttingen, Vandenhoeck y Ruprecht, 1962.
- ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A.; *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed. revisada, Buenos Aires, Ediar, 2003.

Capítulos de libros:

- BARALE, L. M.; "La protesta social y su criminalización. Los casos "Sandoval" y "Lafit" (2009)", en: ROSSETTI, A.; ÁLVAREZ, M. I. (coord.); *Derecho de huelga y derecho a la protesta social. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2013.
- BOBBIO, N.; "La resistencia a la opresión, hoy", en: BOBBIO, N.; *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.
- BREWER-CARÍAS, A. R.; "Sobre la democracia participativa y sus falacias", en: ARAÚJO OÑATE, R.; TORRES VILLARREAL, M. L. (eds.); *Retos de la democracia y de la participación ciudadana*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.
- CALDERÓN, F.; DOS SANTOS, M.; "Movimientos sociales y democracia: Los conflictos por la constitución de un nuevo orden", en: CALDERÓN, F.; DOS SANTOS, M. (comp.); *Los conflictos por la constitución de un nuevo orden*, Buenos Aires, CLACSO, 1987.
- CARBONELL, M.; "El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional", en: ÁVILA ORDÓÑEZ, M. P.; ÁVILA SANTAMARÍA, R.; GÓMEZ

GERMANO, G. (eds.); *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, V&M Gráficas, 2011.

DAHRENDORF, R.; “Hacia una teoría del conflicto social”, en: AMITAI; ETZIONI, E. (comp.); *Los cambios sociales*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1992.

DIETER OPP, K.; “Left-Right ideology, collective political action”, en: CRAIG JENKINS, J.; KLANDERMANS, B. (eds.); *The politics of social protest. Comparative perspectives on States and social movements*, Minnesota, University of Minnesota, Londres, University College London (UCL) Press, 1995.

DWORKIN, R.; “Rights as Trumps”, en: WALDRON, J. (ed.); *Theories of Rights*, Boston, Harvard University Press, 1984.

ESTLUND, D.; “Beyond fairness and deliberation: the epistemic dimension of democratic authority”, en: BOHMAN, J., REGH, W. (eds.); *Essays on Reason and Politics. Deliberative Democracy*, Boston, Massachusetts Institute of Technology, 1997.

FERRAJOLI, L.; “La democracia constitucional”, en: COURTIS, C. (comp.); *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009.

GAMSON, W.; MEYER, D.; “Marcos interpretativos de la oportunidad política”, en: MCADAM, D.; MCCARTHY, J.; ZALD, M. (eds.); *Movimientos sociales: perspectivas comparadas. Oportunidades políticas, estructuras de movilización y marcos interpretativos culturales*, trad. de Sandra Chaparro, Madrid, Istmo, 1999.

GARGARELLA, R.; “Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”, en: ALEGRE, M., et.al., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

- “Constitución y democracia”, en: ALBANESE, S., et.al., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004.

GAUS, G.; “Reason, Justification and Consensus: Why democracy can’t have it all”, en: BOHMAN, J., REGH, W. (eds.); *Essays on Reason and Politics. Deliberative Democracy*, Boston, Massachusetts Institute of Technology, 1997.

GONZÁLEZ VICÉN, F.; “La obediencia al Derecho”, en: GONZÁLEZ VICÉN, F.; *Estudios de Filosofía del Derecho*, Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979.

HOLMES, S.; “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en: ELSTER, J., SLAGSTAD, R.; *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1999.

KLANDERMANS, B.; “The Formation and Mobilization of Consensus”, en: KLANDERMANS, B.; KRIESI, H.; TARROW, S. (eds.); *From Structure to Action: Comparing Movement Participation Across Cultures, International Social Movement Research*, vol. 1, Greenwich, JAI Press, 1988.

- “La construcción social de la protesta y los campos pluriorganizativos”, trad. de Enrique Laraña y Joseph Gusfield, en: LARAÑA, E.; GUSFIELD, J.; *Los nuevos movimientos sociales. De la ideología a la identidad*, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 1994.

KÖCHLER, H.; “La democracia en el campo de tensión entre la teoría y la realidad”, en: MAERK, J. (coord.); *¿Cómo democratizar la democracia? Construcción del conocimiento en América Latina y el Caribe*, México D.F., Plaza y Valdés, 2001.

MARTÍ, J.; “Tres Héroes: La Edad de Oro”, en: MARTÍ, J.; *Obras Completas*, vol. 18, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1991.

MCADAM, D.; “Orígenes terminológicos, problemas actuales y futuras líneas de investigación”, en: MCADAM, D.; MCCARTHY, J.; ZALD, M. (eds.); *Movimientos sociales: perspectivas comparadas. Oportunidades políticas, estructuras de movilización y marcos interpretativos culturales*, trad. de Sandra Chaparro, Madrid, Istmo, 1999.

MEJÍA QUINTANA, O.; “La democracia liberal fiscalizada: Modelos alternativos de democracia deliberativa. Encuentros y tensiones”, en: CUERVO, J. I., HERNÁNDEZ, A., y, UGARRIZA, J.E. (eds.); *El giro deliberativo en la democracia. Teoría y evidencia empírica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

NINO, C. S.; “El constructivismo epistémico”, en: NINO, C.S., et.al.; *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

PEJLATOWICZ, P.; SANDRI FUENTES, A.; “Estándares internacionales sobre protesta social”, en: REY, S. A. (coord.); *Problemas actuales de derechos humanos*, No. 1, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

PIZZORNO, A.; “Sistema social y clase política”, en: PIZZORNO, A.; MARUCCO, D.; SCOPPOLA, P., et.al., *Historia de las ideas políticas, económicas y sociales*, trad. de Eduardo Molina y Vedia, México D.F., Folios, 1984.

ROSADO IGLESIAS, G.; “Libertad de expresión y defensa del orden democrático”, artículo publicado en: ROSADO IGLESIAS, G., et.al., *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba (Volumen III)*, Madrid, Dykinson, 2008.

RUIZ MIGUEL, A.; “Ciudadanía y derechos”, artículo publicado en: RUIZ MIGUEL, A., et.al., *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba (Volumen III)*, Madrid, Dykinson, 2008.

SELEME, H. O.; “La protesta social como discurso político”, en: ROSSETTI, A.; ÁLVAREZ, M. I. (coord.); *Derecho de huelga y derecho a la protesta social. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2013.

SOSA GÓMEZ, C.; “La ética democrática y su relación con los derechos humanos”, en: CASTILLO, J.; ÁLVAREZ DE MIRANDA, F.; SOSA GÓMEZ, C.; et.al.; *Gobernabilidad democrática y derechos humanos*, Caracas, Nueva Sociedad / Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y Comisión Nacional de Derechos Humanos de Venezuela (CNDH), 1997.

TURKKA, T.; “Law making and constitutionalisation beyond the State”, en: PALONEN, K.; ROSALES, J. M.; TURKKA, T. (eds.); *Parliament in debate. The politics of dissensus*, Santander; Madrid, Cantabria University Press; McGraw-Hill Interamericana de España, 2014.

ZAFFARONI, E. R.; “Derecho penal y protesta social”, en: ÁVILA SANTAMARÍA, R.; *Protesta social, libertad de expresión y derecho penal*, Serie Estudios Jurídicos – vol. 31, Quito, Corporación Editora Nacional, 2012.

Artículos de revistas:

AGUILÓ REGLA, J.; “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, artículo publicado en: *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 26, 1989.

BAY, C.; “Foundations of the liberal make-believe. Some implications of the contract theory versus freedom theory”, en: *Inquiry Review*, vol. 14, 1971.

COHEN, J.; “An Epistemic Conception of Democracy”, en: *Ethics Review*, No. 97, 1986.

DANKWART ALEXANDER, R.; “Transitions to democracy. Toward a dynamic model”, en: *Comparative Politics Review*, No. 2, abril de 1970.

DE LUCAS, J.; “Sobre desobediencia y democracia. La hora de la ciudadanía”, en: *Revista Derechos y Libertades*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, No. 31, Época II, junio 2014.

DÍAZ, E.; “La justificación de la democracia”, artículo publicado en: *Revista Sistema*, No. 66, Madrid, mayo de 1985.

- “Estado de derecho y democracia”, artículo publicado en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 19-20, 2001-2002.

ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; “El problema de la justificación de la desobediencia civil”, artículo publicado en: *Revista Mientras tanto*, No. 19, Barcelona, julio 1984.

FRIEDRICH, C. J.; “An introductory note on Revolution”, en: *Revolution (Nomos 8)*, Atherton Press, 1967.

FUKUYAMA, F.; “The end of history?”, en: *The National Interest Review*, verano de 1989.

GARGARELLA, R.; “El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social”, artículo publicado en: *Revista Derechos y Libertades*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, No. 25, Época II, junio 2011.

GAUS, G.; “Looking for the best and finding none better: the epistemic case for deliberative democracy”, en: *The Modern Schoolman Review*, vol. 74, 1997.

KLANDERMANS, B.; “Grievance Interpretation and Success Expectations: The Social Construction of Protest”, artículo publicado en: *Social Behaviour Review*, No. 4, 1989.

- “Mobilization and Participation: Social-Psychological Expansions of Resource Mobilization Theory”, artículo publicado en: *American Sociological Review*, No. 49, 1990.

LARMORE, C.; “The foundations of modern democracy. Reflections on Jürgen Habermas”, en: *European Journal of Philosophy*, vol. 3, 1995.

MAY, K.; “A set of independent necessary and sufficient conditions for simply majority decisión”, en: *Econometrica Journal*, No. 20, 1952.

MCADAM, D.; “The biographical consequences of activism”, artículo publicado en: *American Sociological Review*, No. 54, 1989.

MELUCCI, A.; “The symbolic challenge of contemporary movements”, artículo publicado en: *Social Research Review*, vol. 52, No. 4, 1985.

MOUFFE, C.; “Democracia y pluralismo agonístico”, artículo publicado en: *Revista Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, No. 12, 2006.

PASSERIN D’ENTRÈVES, A.; “Legitimidad y resistencia”, trad. de Manuel Atienza, artículo publicado en: *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, No. 13, Madrid, abril, 1976.

PÉREZ DE LA FUENTE, O.; “Qué Democracia(s)”, en: *Revista Co-herencia*, Vol. 9, No. 16, Enero – Junio, 2012.

RETAMOZO, M.; “Enrique Dussel: Hacia una Filosofía política de la Liberación. Notas en torno a 20 tesis de política”, artículo publicado en: *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 12, núm. 16, Maracaibo, marzo, 2007.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J.; “Sobre el concepto de objeción de conciencia”, artículo publicado en: *Revista Dereitto*, vol. III, No. 2, 1994.

ROSENKRANTZ, C.; “La democracia: una crítica a su justificación epistémica”, en: *Revista Doxa*, No. 10, 1991.

RUBIO CARRACEDO, J.; “Constructivismo y Democracia”, artículo publicado en: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 73, julio-septiembre, 1991.

SORIANO, R.; “La objeción de conciencia: significado, fundamentos, jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español”, artículo publicado en: *Revista de Estudios Políticos*, No. 58, 1987.

TOMÁS Y VALIENTE, F.; “La resistencia constitucional y los valores”, artículo publicado en: *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 15-16, 1994.

TULLY, J.; “The unfreedom of the moderns in comparison to their ideals of Constitutional Democracy”, artículo publicado en: *The Modern Law Review*, núm. 65, vol. 2, 2002.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.; “El derecho de resistencia y su <<constitucionalización>>”, artículo publicado en: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 103, Enero-Marzo, 1999.

Editoriales de prensa:

CORRAL BURBANO DE LARA, F.; “Derecho de resistencia”, columna editorial de dicho autor, publicada en diario El Comercio, Quito, en línea en: <http://www.elcomercio.com/opinion/columna-fabiancorral-derechoalaresistencia-constitucion-opinion.html>

Sitios Web:

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.; *Derechos, Constitución, Democracia (Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las Constituciones actuales)*, en línea: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9377/derechos_ansuategui_2003.pdf?sequence=1

CEDATOS, encuesta sobre “Aprobación y credibilidad de la Asamblea Nacional”. Encuesta realizada a nivel nacional, en línea: http://www.cedatos.com.ec/detalles_noticia.php?Id=160